

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



«Aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual versus la teoría de los animus en el delito de difamación agravada, para la debida tutela del honor»

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL
DE ABOGADO**

AUTORES:

Bach. Fernández Zavaleta, Elías Emanuel

Bach. Ramírez Olivera, Christian Aarón

ASESOR:

Mg. Graus Veloz, Diego Saúl

CÓDIGO ORCID N° 0000-0003-3876-6928

Nuevo Chimbote, Perú

2023

HOJA DE CONFORMIDAD DEL ASESOR

La presente tesis intitulada “APLICACIÓN JURÍDICO FUNCIONALISTA DEL DOLO EVENTUAL VERSUS LA TEORÍA DE LOS ANIMUS EN EL DELITO DE DIFAMACIÓN AGRAVADA, PARA LA DEBIDA TUTELA DEL HONOR”, ha sido elaborada de conformidad con el Reglamento General de Grados y Títulos, aprobado mediante la Resolución N.º 580-2022-CU-R-UNS de fecha 22 de agosto de 2022. Por tal motivo, suscribo la presente tesis en mi calidad de asesor, designado mediante Resolución Decanatural Virtual N.º 115-2021-UNS-DFEH, de fecha 12 de abril del 2021.



Mg. Diego Saúl Graus Veloz

Asesor

DNI: 46864610

CÓDIGO ORCID N° 0000-0003-3876-6928

HOJA DE CONFORMIDAD DEL JURADO EVALUADOR

Concluida la sustentación de la tesis intitulada “APLICACIÓN JURÍDICO FUNCIONALISTA DEL DOLO EVENTUAL VERSUS LA TEORÍA DE LOS ANIMUS EN EL DELITO DE DIFAMACIÓN AGRAVADA, PARA LA DEBIDA TUTELA DEL HONOR”, se considera; aprobado al bachiller Elías Emanuel Fernández Zavaleta, con código 0201535048; y aprobado al bachiller Christian Aarón Ramirez Olivera, con código 0201535039.

Revisado y aprobado por el jurado evaluador designado mediante Resolución N.º 553-2023-UNS-CFEH de fecha 30 de noviembre de 2023.



Mg. Rosina Mercedes Gonzales Napurí

Presidenta

DNI N.º 32965438

CÓDIGO ORCID N.º 0000-0001-9490-5190

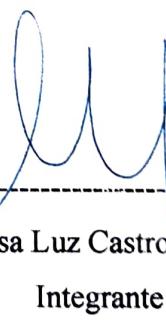


Mg. Diego Saúl Graus Veloz

Secretario

DNI N.º 46864610

CÓDIGO ORCID N.º 0000-0003-3876-6928



Mg. Rosa Luz Castro Cárdenas

Integrante

DNI N.º 32885730

CÓDIGO ORCID N.º 0000-0001-5094-2862



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES

ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS

En el distrito de Nuevo Chimbote, en al Aula Magna del Nuevo Pabellón de la EPDCP ubicado en el Campus II de la Universidad Nacional del Santa, siendo las.....VEINTI..... horas y.....CINCO..... minutos de la noche del día.....CHIPTORCE..... de Diciembre de dos mil veintitrés, se reunió el Jurado Evaluador presidido por: la Ms. ROSINA MERCEDES GONZALES NAPURI, teniendo como integrantes al: Ms. DIEGO SAÚL GRAUS VELOZ y Ms. ROSA LUZ CASTRO CÁRDENAS (ACCESITARIA) habiendo subido por motivos de salud del Jurado titular Ms. Eduardo Montenegro Vivar, a fin de optar el Título de ABOGADO, el Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas: **ELÍAS EMANUEL FERNÁNDEZ ZAVALETA**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado:

"APLICACIÓN JURÍDICO FUNCIONALISTA DEL DOLO EVENTUAL VERSUS LA TEORÍA DE LOS ANIMUS EN EL DELITO DE DIFAMACIÓN AGRAVADA, PARA LA DEBIDA TUTELA DEL HONOR", terminada la sustentación, el graduado respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADO. POR UNANIMIDAD; según el Art. 107º del Reglamento General de Grados y Títulos de la UNS (Resolución No. 580-2022-CU-R-UNS de 22.08.2022).

Siendo las.....VEINTIDOS..... horas del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 14 de Diciembre de 2023

.....

MS. GONZALES NAPURI ROSINA MERCEDES
PRESIDENTA

.....

MS. DIEGO SAÚL GRAUS VELOZ
SECRETARIO

.....

MS. ROSA LUZ CASTRO CÁRDENAS
INTEGRANTE



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES

ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS

En el distrito de Nuevo Chimbote, en al Aula Magna del Nuevo Pabellón de la EPDCP ubicado en el Campus II de la Universidad Nacional del Santa, siendo las.....VEINTE..... horas y...QUINCE..... minutos de la noche del día...CATORCE..... de Diciembre de dos mil veintitrés, se reunió el Jurado Evaluador presidido por: la Ms. ROSINA MERCEDES GONZALES NAPURI, teniendo como integrantes al: Ms. DIEGO SAÚL GRAUS VELOZ y Ms. ROSA LUZ CASTRO CÁRDENAS (ACCESITARIA) habiendo subido por motivos de salud del Jurado titular Ms. Eduardo Montenegro Vivar, a fin de optar el Título de ABOGADO, el Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas: **CHRISTIAN AARON RAMÍREZ OLIVERA**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado:

"APLICACIÓN JURÍDICO FUNCIONALISTA DEL DOLO EVENTUAL VERSUS LA TEORÍA DE LOS ANIMUS EN EL DELITO DE DIFAMACIÓN AGRAVADA, PARA LA DEBIDA TUTELA DEL HONOR", terminada la sustentación, el graduado respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADO POR UNANIMIDAD, según el Art. 107º del Reglamento General de Grados y Títulos de la UNS (Resolución No. 580-2022-CU-R-UNS de 22.08.2022).

Siendo las...VEINTIUNO.... horas del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 14 de Diciembre de 2023

MS. GONZALES NAPURI ROSINA MERCEDES
PRESIDENTA

MS. DIEGO SAÚL GRAUS VELOZ
SECRETARIO

MS. ROSA LUZ CASTRO CÁRDENAS
INTEGRANTE



Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Christian Ramirez Olivera
Título del ejercicio: TESIS
Título de la entrega: APPLICACIÓN JURÍDICO FUNCIONALISTA DEL DOLO EVENTUAL
Nombre del archivo: NFORME_FINAL_-_FERNANDEZ_Y_RAMIREZ_-_TURNITIN_NOV...
Tamaño del archivo: 2.64M
Total páginas: 324
Total de palabras: 132,124
Total de caracteres: 699,790
Fecha de entrega: 15-dic.-2023 02:24p. m. (UTC-0500)
Identificador de la entrega: 2260137001



Derechos de autor 2023 Turnitin. Todos los derechos reservados.

APLICACIÓN JURÍDICO FUNCIONALISTA DEL DOLO EVENTUAL VERSUS LA TEORÍA DE LOS ANIMUS EN EL DELITO DE DIFAMACIÓN AGRAVADA, PARA LA DEBIDA TUTELA DEL HONOR

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	qdoc.tips Fuente de Internet	1%
2	uvadoc.uva.es Fuente de Internet	1%
3	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	1%
4	hdl.handle.net Fuente de Internet	1%
5	cybertesis.unmsm.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet	<1%
8	creativecommons.org Fuente de Internet	<1%

DEDICATORIA

A mis seres amados, porque ustedes son el sentido
y la esencia de realización de cada meta trazada.

Elías Emanuel Fernández Zavaleta

A mis padres y hermanos, en honor a lo
más valioso que Dios me ha dado.

Christian Aarón Ramirez Olivera

AGRADECIMIENTO

A Dios, porque de él proviene la sabiduría y el conocimiento;
a mis padres, Mery y Eduardo, por su apoyo, instrucción y amor constante;
a mis hermanos, Jireh y Abigail, por ser mis ejemplos de responsabilidad y disciplina;
y a mi mamita Manuela, aunque ya no está conmigo,
jamás dejaré de agradecerle por sus consejos y oraciones.

Elías Emanuel Fernández Zavaleta

A Dios, por enseñarme el verdadero sentido de la obediencia y disciplina;
a Segundo y Maribel, por ser mi baluarte y consejo en todo momento;
a Kevin y Jhosselyn, por colorear mi hogar de alegría y ocurrencias,
y a Lizet, por compartir conmigo el mismo sueño.

Christian Aarón Ramirez Olivera

Agradecimiento especial a nuestro asesor,
por haber aceptado el desafío de instruirnos académicamente;
sus aportes jurídicos han nutrido considerablemente esta investigación.

Los autores

PRESENTACIÓN

Distinguidos integrantes del jurado evaluador:

Dentro del marco del Reglamento General de Grados y Títulos, aprobado por Res. N° 580-2022-CU-R-UNS, de fecha 22 de agosto de 2022, y demás normas correlativas. Presentamos ante ustedes, la tesis titulada: *APLICACIÓN JURÍDICO FUNCIONALISTA DEL DOLO EVENTUAL VERSUS LA TEORÍA DE LOS ANIMUS EN EL DELITO DE DIFAMACIÓN AGRAVADA, PARA LA DEBIDA TUTELA DEL HONOR*, para la obtención del título profesional de abogado. Cuyos fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales propician un desarrollo investigativo concienzudo bajo las reglas del método científico y de un esculpido rigor académico, inherente a la calidad profesional que, como egresados de la Universidad Nacional del Santa, nos caracteriza. Esta tesis, es la culminación de un camino trazado, cuyos pasos fueron determinantes desde la elección del tema hasta su culminación, pues reconocer la amplitud del proyecto de investigación nos permitió pulir los límites de la misma. Ser conscientes del sinfín de problemas que acaecen en la praxis del abogado hoy en día, es saber que quien tiene la capacidad de hacer algo frente a ello, también tiene la responsabilidad de hacerlo.

Desde la trinchera del Derecho Penal, uno de los principales problemas, que por relevancia y relación directa con el bien jurídico honor –necesarios de atender-, son los relativos al análisis de imputación subjetiva de los delitos contra el honor, específicamente, del delito de difamación agravada. Lo cual ha venido generando una divergencia interpretativa a nivel de la Corte Suprema, así como de las distintas cortes penales de primera y segunda instancia a nivel nacional. El *animus difamandi*, es un concepto definido como un elemento subjetivo distinto al dolo; dicha figura anímica se ha vuelto la antesala de distintos pronunciamientos respecto al delito mencionado, cuyas querellas –en su mayoría–, no conocen más que el archivamiento por la difícil probanza del mismo. A partir de ello, hemos podido evidenciar un daño inefable y continuado al bien jurídico honor por la carente uniformidad de criterios, poniéndolo en un riesgo constante. Esta investigación, manteniéndose dentro del respeto al principio de legalidad, ha podido traer a la palestra una forma en cómo hacerle frente a este problema jurisprudencial, que, sin irnos a un cambio o una modificación legislativa -por no estar en la ley el problema-, hemos logrado con solvente peso dogmático-jurídico, explicar y justificar la aplicación del dolo eventual, por medio de criterios funcionalistas (propias de la teoría del delito), con el fin de superar la necesidad de acreditar la existencia del *animus*, ampliando así el margen de protección del bien jurídico honor, como máxima expresión de la dignidad humana.

ÍNDICE GENERAL

<i>HOJA DE CONFORMIDAD DEL ASESOR.....</i>	<i>i</i>
<i>HOJA DE CONFORMIDAD DEL JURADO EVALUADOR.....</i>	<i>ii</i>
<i>ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS.....</i>	<i>iii</i>
<i>DEDICATORIA.....</i>	<i>vii</i>
<i>AGRADECIMIENTO.....</i>	<i>viii</i>
<i>PRESENTACIÓN.....</i>	<i>ix</i>
<i>ÍNDICE DE ANEXOS.....</i>	<i>xviii</i>
<i>RESUMEN.....</i>	<i>xix</i>
<i>ABSTRACT</i>	<i>xx</i>
<i>I. INTRODUCCIÓN.....</i>	<i>21</i>
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	21
1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA	21
1.1.2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	24
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	24
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION	24
1.3.1. OBJETIVO GENERAL	24
1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	24
1.4. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS	24
1.5. VARIABLES.....	25
1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	26
1.6.1. CONVENIENCIA.....	26
1.6.2. RELEVANCIA SOCIAL	27
1.6.3. IMPLICACIONES PRÁCTICAS	27
1.6.4. VALOR TEÓRICO	28
1.6.5. UTILIDAD METODOLÓGICA	29
1.6.6. BENEFICIARIOS	30
1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	31

1.8.	BREVE REFERENCIA DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN, MÉTODOS EMPLEADOS Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	32
1.9.	BREVE DESCRIPCIÓN A LAS REFERENCIAS UTILIZADAS	33
II.	MARCO TEÓRICO	34
2.1.	ANTECEDENTES	34
2.1.1.	<i>A NIVEL INTERNACIONAL</i>	34
2.1.2.	<i>A NIVEL NACIONAL</i>	35
2.1.3.	<i>A NIVEL LOCAL</i>	37
2.1.4.	<i>ANTECEDENTE DOCTRINARIO</i>	38
2.2.	MARCO CONCEPTUAL.....	38
2.2.1.	<i>BASES TEÓRICAS</i>	38
2.2.2.	<i>DEFINICIÓN DE TÉRMINOS</i>	43
2.2.3.	<i>DESARROLLO TEMÁTICO Y PERSPECTIVA TEÓRICA</i>	46
CAPÍTULO I		46
1.	<i>Teoría del delito y su definición</i>	47
1.1.	Niveles de imputación penal	50
1.1.1.	<i>Imputación del hecho</i>	51
1.1.2.	<i>Relación entre tipicidad y antijuricidad</i>	54
1.1.3.	<i>Imputación personal (culpabilidad)</i>	55
1.2.	Presupuestos que apartan la punibilidad	56
1.2.1.	<i>Causas personales que excluyen la punibilidad</i>	56
1.2.2.	<i>Causas personales que cancelan la punibilidad</i>	56
1.2.3.	<i>Condiciones procesales</i>	56
1.3.	Infracciones penales: delitos y faltas.....	57
2.	<i>Evolución de la teoría del delito</i>	58
2.1.	Teoría causalista	60
2.1.1.	<i>Causalismo naturalista</i>	61
2.1.2.	<i>Causalismo valorativo</i>	64
2.2.	Teoría finalista	68
2.3.	Teoría funcionalista.....	69
2.3.1.	<i>Funcionalismo mesurado</i>	70
2.3.2.	<i>Funcionalismo extremo</i>	72
3.	<i>Elementos del delito</i>	73

3.1.	La acción.....	73
3.1.1.	<i>Concepto de la acción</i>	74
3.1.2.	<i>Problemática de la acción.....</i>	76
3.2.	Tipicidad.....	79
3.2.1.	<i>Teoría del tipo</i>	79
3.2.2.	<i>Funciones del tipo</i>	80
3.2.3.	<i>Evolución del tipo penal</i>	81
3.2.4.	<i>Tipo y antijuricidad.....</i>	82
3.2.5.	<i>Formación del tipo</i>	82
3.2.6.	<i>Tipicidad objetiva</i>	82
3.2.7.	<i>Tipicidad subjetiva o imputación subjetiva.</i>	95
3.3.	Antijuricidad.....	112
3.3.1.	<i>Causas de justificación</i>	112
CAPÍTULO II		118
1.	<i>El honor en sentido lato.....</i>	119
1.1.	<i>Etimología y definición.....</i>	119
1.2.	<i>Antecedentes históricos</i>	120
1.3.	<i>Naturaleza del honor</i>	123
2.	<i>El honor como derecho de la persona.....</i>	124
2.1.	<i>Fundamento y contenido del derecho al honor</i>	124
2.2.	<i>Regulación normativa nacional e internacional.....</i>	125
2.2.1.	<i>Sistema Internacional de Derechos Humanos.....</i>	125
2.2.2.	<i>Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....</i>	126
2.2.3.	<i>Derecho constitucional y las constituciones peruanas</i>	126
2.2.4.	<i>Derecho civil peruano</i>	127
2.2.5.	<i>Derecho penal peruano</i>	128
2.3.	<i>Conflictivo entre el derecho al honor, a la información y a la libertad de expresión ...</i>	130
2.3.1.	<i>Desarrollo y aspectos relevantes del Acuerdo Plenario N.º 03-2006/CJ-116</i>	131
3.	<i>El honor como bien jurídico protegido</i>	136
3.1.	<i>Concepciones sobre el honor</i>	137
3.1.1.	<i>Concepción fáctica</i>	138
3.1.2.	<i>Concepción normativa</i>	143
3.1.3.	<i>Concepción fáctico-normativa</i>	144
3.1.4.	<i>Concepción normativa valorativa constitucional.....</i>	146

3.1.5. <i>Concepción normativa funcional</i>	147
3.1.6. <i>Posición adoptada</i>	149
3.2. Alcances esenciales sobre la reputación.....	150
3.2.1. <i>Generalidades</i>	150
3.2.2. <i>Apuntes históricos</i>	152
3.2.3. <i>Regulación normativa</i>	154
3.3. ¿Dualidad de bienes jurídicos?	156
4. Delitos contra el honor	160
4.1. Política criminal nacional respecto a los delitos contra el honor	160
4.2. Injuria.....	161
4.2.1. <i>Definición</i>	161
4.2.2. <i>Tipo penal</i>	162
4.2.3. <i>Tipicidad</i>	162
4.2.4. <i>Antijuridicidad</i>	166
4.2.5. <i>Culpabilidad</i>	167
4.2.6. <i>Naturaleza jurídica, tentativa y consumación</i>	167
4.3. Calumnia	168
4.3.1. <i>Definición</i>	168
4.3.2. <i>Tipo penal</i>	168
4.3.3. <i>Tipicidad</i>	168
4.3.4. <i>Antijuridicidad</i>	172
4.3.5. <i>Culpabilidad</i>	172
4.3.6. <i>Naturaleza jurídica, tentativa y consumación</i>	173
4.4. Difamación	174
4.4.1. <i>Definición de difamación</i>	174
4.4.2. <i>Tipo penal</i>	174
4.4.3. <i>Tipicidad</i>	175
4.4.4. <i>Antijuridicidad</i>	180
4.4.5. <i>Culpabilidad</i>	181
4.4.6. <i>Naturaleza jurídica, tentativa y consumación</i>	181
4.5. Difamación agravada	182
4.5.1. <i>Generalidades</i>	182
4.5.2. <i>Condiciones que agravan la conducta</i>	183
4.5.3. <i>Tipicidad</i>	185
4.5.4. <i>Antijuridicidad</i>	187
4.5.5. <i>Culpabilidad</i>	188
4.5.6. <i>Naturaleza jurídica, tentativa y consumación</i>	188

4.6.	Excepciones a los delitos de injuria y difamación.....	188
4.7.	<i>Exceptio veritatis o prueba de la verdad</i>	192
4.7.1.	<i>Supuestos de inadmisibilidad.....</i>	194
5.	<i>Teoría de los animus en el derecho penal.....</i>	194
5.1.	El causalismo valorativo de Mezger: reconocimiento de los animus como elementos subjetivos del injusto	196
5.2.	El Finalismo de Welzel: traslado del dolo y la culpa a la tipicidad y asentamiento de los elementos subjetivos en el tipo	200
5.3.	Crítica a los elementos subjetivos del injusto de Mezger y al subjetivismo del finalismo de Welzel.....	204
5.4.	Los animus aplicados a los delitos contra el honor.....	207
5.4.1.	<i>Animus iniuriandi</i>	207
5.4.2.	<i>Animus difamandi.....</i>	208
5.4.3.	<i>Animus calumniandi</i>	209
5.5.	Hermenéutica y aplicación jurídica de los animus en el juicio de tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor en la doctrina y jurisprudencia nacional	210
5.5.1.	<i>Animus equivalente al dolo directo</i>	210
5.5.2.	<i>Animus como elemento subjetivo distinto al dolo: tipo de tendencia interna</i>	212
5.5.3.	<i>Crítica: posición en contra de los animus en los delitos contra el honor</i>	215
5.6.	Aplicación de los animus en el delito de difamación agravada en el Derecho comparado.....	221
5.6.1.	<i>España</i>	222
5.6.2.	<i>Alemania</i>	225
5.6.3.	<i>Austria</i>	227
5.6.4.	<i>Portugal</i>	229
5.6.5.	<i>Italia</i>	230
5.6.6.	<i>Bélgica</i>	231
5.6.7.	<i>Argentina</i>	232
5.6.8.	<i>Chile</i>	235
5.6.9.	<i>Costa Rica</i>	237
5.7.	Exigencia jurisprudencial del <i>animus difamandi</i> y su incompatibilidad con el principio de legalidad penal.....	239
5.7.1.	<i>El principio de legalidad en el Derecho Penal peruano</i>	239
5.7.2.	<i>La jurisprudencia en el Derecho Penal peruano</i>	243

5.7.3. <i>El principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales: necesidad de uniformizar los criterios jurisprudenciales en aras de seguridad jurídica</i>	246
CAPÍTULO III.....	249
1. <i>Análisis transversal de la aplicación de la teoría de los animus en el delito de difamación agravada.....</i>	250
1.1. Posturas a favor de la aplicación de la teoría de los <i>animus</i>	251
1.2. Obsolescencia de la teoría de los <i>animus</i> : posturas en contra de su aplicación	255
2. <i>El dolo eventual desde un enfoque jurídico funcionalista en el delito de difamación agravada</i>	260
2.1. El dolo eventual como alternativa necesaria dentro del juicio de tipicidad subjetiva en el delito de difamación agravada.....	261
2.2. ¿La posición jurídica adoptada permite garantizar la debida tutela del bien jurídico honor? 263	
3. <i>Problemas en torno a la aplicación de la teoría de los animus y necesidad de la aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual como última subcategoría de análisis de tipicidad subjetiva en el delito de difamación agravada: análisis casuístico.....</i>	266
3.1. Caso N.º 01: R. N. N.º 3301-2008/LIMA (Lidercon Perú Sociedad Anónima Cerrada vs. Nilo Adriel Vizcarra Ruiz)	266
3.1.1. <i>Análisis jurídico y posición de los investigadores</i>	266
3.2. Caso N.º 02: R. N. N.º 3680-2010/LIMA (Elizabeth Amanda Palomino Córvoda vs. Luis Vicente Díaz Vera y Vicente Aarón Díaz Olivos)	269
3.2.1. <i>Análisis jurídico y posición de los investigadores</i>	269
3.3. Caso N.º 03: R. N. N.º 1880-2019/LIMA (Álvaro Enrique Ignacio Castro Osores vs. Iván Marco Slocovich Pardo)	273
3.3.1. <i>Análisis jurídico y posición de los investigadores</i>	273
3.4. Caso N.º 04: R. N. N.º 2273-2019/LIMA (Miuren del Rosario Agüero Mori vs. Miriam Beatriz Cabrera Donayre)	276
3.4.1. <i>Análisis jurídico y posición de los investigadores</i>	276
3.5. Caso N.º 05: R. N. N.º 1102-2019/LIMA (César Emilio Rodríguez Larraín Salinas vs. Cristian Andrés Said Montiel).....	279
3.5.1. <i>Análisis jurídico y posición de los investigadores</i>	279

3.6. Caso N.^o 06: R. N. N.^o 449-2009/LIMA (José Paolo Guerrero González vs. Magaly Jesús Medina Vela)	282
3.6.1. Análisis jurídico y posición de los investigadores	282
III. MATERIALES Y MÉTODOS.....	289
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	289
3.1.1. SEGÚN SU APLICABILIDAD O PROPÓSITO.....	289
3.1.2. SEGÚN SU NATURALEZA O PROFUNDIDAD	289
3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	290
3.2.1. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA	292
3.2.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA	293
3.2.3. MÉTODO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA	295
3.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	296
3.3.1. DISEÑO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA	300
3.3.2. DISEÑO ESPECÍFICO DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA	302
3.4. UNIVERSO, POBLACIÓN Y MUESTRA	302
3.4.1. UNIVERSO	302
3.4.2. POBLACIÓN	303
3.4.3. MARCO MUESTRAL Y MUESTRA	303
3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	307
3.5.1. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	307
3.5.2. INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS	309
3.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO	312
3.7. Y ANÁLISIS DE DATOS	312
3.7.1. CORTE Y CLASIFICACIÓN.....	312
3.7.2. ANÁLISIS DOCUMENTAL DE DATOS	312
3.8. PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS	312
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	314
4.1. RESULTADO N.^o 01	314
4.1.1. DISCUSIÓN DEL RESULTADO N.^o 01	314
4.2. RESULTADO N.^o 02	317
4.2.1. DISCUSIÓN DEL RESULTADO N.^o 02	317
4.3. RESULTADO N.^o 03	325
4.3.1. DISCUSIÓN DEL RESULTADO N.^o 03	325
4.4. RESULTADO N.^o 04	334

4.4.1. DISCUSIÓN DEL RESULTADO N.º 04	334
V. CONCLUSIONES.....	341
VI. RECOMENDACIONES	343
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y VIRTUALES	344
VIII. ANEXOS.....	360

ÍNDICE DE ANEXOS

ANEXO I – MATRIZ DE CONSISTENCIA ANALÍTICA	359
ANEXO II – CUATRO DE LOS RECURSOS DE NULIDAD EMITIDOS POR LA CORTE SUPREMA DEL PERÚ EN LOS ÚLTIMOS 20 AÑOS	362
ANEXO III – MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	363
ANEXO IV – GUÍA DE FICHAJE	365
ANEXO V – GUÍA DE ANALISIS DE ESTUDIO DE CASOS	365
ANEXO VI – GUÍA DE ANALISIS DOCUMENTAL	366
ANEXO VII – DECLARACIÓN JURADA DE AUTORÍA	368
ANEXO VIII – ACTA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD	369

RESUMEN

El presente trabajo de investigación parte del cuestionamiento a la posición dogmática mayoritaria de la jurisprudencia penal peruana respecto a la tipicidad subjetiva en los delitos contra el honor, fundada en una fuerte influencia finalista, exigiendo la presencia y probanza de un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, como lo es el *animus difamandi*. Exigencia que no se condice con el paradigma de la dogmática penal contemporánea funcionalista, colisionando con los principios constitucionales y la política criminal. Se analizarán recursos de nulidad de la Corte Suprema sobre querellas por difamación agravada, donde se evidenciará que la actividad probatoria se centra en la probanza del *animus*, lo cual resulta impropio para la adecuada resolución de esta clase de conflictos penales. Ante ello, postulamos que la solución se encamina en la aplicación jurídico funcionalista del dolo como único elemento subjetivo, prestándole especial atención al dolo eventual, lo cual permitirá una adecuada tutela del honor en nuestro país.

Palabras claves: Dolo eventual, *animus difamandi*, difamación agravada, honor.

Los autores.

ABSTRACT

The present research work is based on the questioning of the majority dogmatic position of the Peruvian criminal jurisprudence regarding the subjective typicity in crimes against honor, founded on a strong finalist influence, demanding the presence and proof of a subjective element of the type other than fraud, as is the *animus difamandi*. Demand that is not consistent with the paradigm of contemporary functionalist criminal dogmatics, colliding with constitutional principles and criminal policy. Appeals for annulment of the Supreme Court on complaints for aggravated defamation will be analyzed, where it will be evidenced that the evidentiary activity focuses on the proof of the *animus*, which is inappropriate for the adequate resolution of this type of criminal conflicts. Given this, we postulate that the solution is aimed at the functionalist legal application of fraud as the only subjective element, paying special attention to eventual fraud, which will allow adequate protection of honor in our country.

Keywords: eventual intent, *animus difamandi*, aggravated defamation, honor.

The authors.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

En el Perú no existe un derrotero claro para la punición de los delitos contra el bien jurídico honor, dado que, sobre los componentes del injusto que lo configuran - especialmente, los de carácter subjetivo- la variedad de posturas dogmáticas jurídico penales sobre el particular no ha hecho más que abrir el cauce a una interpretación jurisprudencial variopinta para fijar criterios que no siempre tienden a resolver los conflictos originados por lesiones o afectaciones al bien jurídico honor.

Respecto al injusto de los delitos contra el honor la posición asentada en la jurisprudencia peruana tiende a entenderlo de una forma fuertemente subjetivizada, resultado de sobrevaloración del elemento anímico y/o volitivo del autor, lo cual, a todas luces, ha dado lugar al surgimiento de exigencias jurisprudenciales del tipo subjetivo del delito, distintas al dolo -en sus elementos volitivo y cognitivo- que, definitivamente, no se condicen con la tendencia sistemática de la dogmática penal que impera actualmente y que, en honor a la verdad, colisionan con los principios constitucionales reflejados en el regulación jurídico penal de los bienes jurídicos; estamos haciendo referencia al requerimiento del *animus difamandi* como elemento constituyente del tipo subjetivo del injusto en los delitos que atentan contra el honor.

Para imputar responsabilidad de naturaleza penal por la comisión del delito de difamación agravada, la jurisprudencia peruana ha establecido la exigencia del elemento subjetivo *animus difamandi*. En mérito a ello, se afirma que la tipicidad subjetiva del delito en cuestión debe estar compuesta no solo únicamente por una conducta dolosa, es decir, con voluntad y conocimiento de que esta lesioná el honor y/o la reputación -como bienes jurídicos penalmente protegidos-, sino que, en adición, debe realizarse con un ánimo específico o especial. Así se ha establecido, en el fundamento séptimo del R. N. N.º 3301-2008/LIMA, donde se señala que para la configuración del delito de difamación agravada -a través medio de prensa - tipificado en el artículo 132 del código penal peruano vigente, deben concurrir, entre otros elementos: (...) el *animus difamandi* como elemento de tendencia interna que implica la especial intención de dañar el honor (...)" posteriormente, se ha mantenido y reforzado dicha exigencia, mediante el fundamento tercero del R.N. N.º 3680-2010/LIMA y el fundamento sexto del R.N. N.º 1880-2019/LIMA, sosteniéndose que, para la configuración del delito en cuestión, se necesita: "(...)que exista intención de vulnerar y maltratar el honor del querellante

mediante las aseveraciones descritas precedentemente, sin que haya realizado alguna labor de investigación sobre los hechos a los que se refirió, elemento que la doctrina ha denominado el *animus difamandi*”.

En disonancia con la tendencia jurisprudencial descrita, tenemos al R.N. N.^o 2273-2019/LIMA, el cual, en su fundamento primero, párrafo noveno, sin apartarse formalmente del criterio estandarizado, asienta una afirmación de corte divergente, pero sin amplio desarrollo, sosteniendo que: “el *animus* –entendido como un elemento de tendencia interna trascendente sin el cual la conducta ilícita no llega a configurarse– es un elemento subjetivo distinto al dolo que nuestro Código Penal no prevé como típico para el caso del delito de difamación (...). Así, también, está el R.N. N.^o 1102-2019/LIMA, donde, en su fundamento quinto, expresa, sin mayor desarrollo, la impropiedad de la teoría de los *animus* dentro de la esfera subjetiva del delito de difamación, en los siguientes términos: “Más allá de lo impropio de la teoría de los *animus* para excluir el elemento subjetivo en el delito de difamación, lo esencial es determinar la intención ofensiva desde los términos utilizados por el agente activo y el contexto en que se expresaron”. Asimismo, está el R. N. N.^o 449-2009/LIMA, caso Magaly vs Paolo Guerrero, en el que la Corte Suprema resuelve un conflicto sobre difamación agravada sin necesidad de recurrir a la teoría de los *animus*, centrándose en analizar factores estrictamente objetivos de la conducta de la querellada, que conllevaron a la consumación del delito, sin ir más allá del esquema cognitivo y volitivo del dolo.

En palabras del jurista Roy (1974), “(...) el *animus iniuriandi* llamado también *animus difamandi*, consiste en la intención que se exprese en forma perceptible o inteligible, o que se induce de las circunstancias, y que está dirigido a lesionar el honor ajeno” (p. 429), por lo que resulta entendible la idea del autor, cuando nos referimos únicamente a una intención clara de hacer mella a dicho bien jurídico.

Lo que, en palabras nuestras, podremos denominar como un elemento fuera de lo legal que, tiene implicancia directa en la determinación de la vulneración al derecho al honor, para el doctor Nuñez (1986), lejos de la evidente vulneración al dictado de la legalidad material que su exigencia genera, resulta clara la desnaturalización, también, del ejercicio legítimo de los derechos a la información y libertad de expresión, que se basan en derechos colectivos que son el resultado inequívoco de la aplicación de los pilares de una democracia participativa y plural, desterrándolas a aspectos meramente subjetivos, que no concuerdan con los principios rectores de nuestra constitución.

El mantenimiento de este esquema tradicional subjetivista arguye Peña (2018) “se presenta como político-criminalmente inadecuado y dogmáticamente falso” (p. 346). Lo primero, en palabras de Merlo (2005) porque “(...) conllevaría una notable desprotección del bien jurídico honor, y reducir el delito a su elemento subjetivo favorece la manipulación de la prueba en el proceso, produciendo inseguridad no solo para la víctima del hecho, sino para el propio autor” (p. 123).

Es justamente a partir de ello, que hemos podido evidenciar que los juzgados unipersonales del país -competentes de atender querellas por presuntas comisiones de delitos contra el honor- tienden, en su mayoría, a exigir la acreditación o prueba del *animus* para decantarse por una condena, pues, en su defecto, la consecuencia lógica o inevitable, ante la imposibilidad de probar tal elemento subjetivo, sería la total absolución del querellado. Esto nos lleva a verificar que la exigencia del *animus* encasilla o fuerza la aplicación de esta figura típica a un resultado donde es casi imposible -en algunos supuestos- reprimir conductas que lesionan el bien jurídico honor.

Insoslayablemente, el mensaje nada uniforme que la jurisprudencia penal peruana expone, frente a los delitos contra el honor cometidos asiduamente hoy en nuestro país, genera, por increíble que parezca, un umbral de impunidad. Y sin ser una verdad de perogrullo, se evidencia, cada vez más, en las exigencias que las distintas cortes penales del Perú, especialmente la Corte Suprema, han adoptado criterios dogmáticos evidentemente finalistas que exigen la acreditación del “*animus iniuriandi*”, “*calumniandi*” y “*difamandi*”, tendencia dogmática penal superada hoy en día por el progresivo arraigo funcionalista de nuestro sistema penal.

Consideramos que el detrimento de un bien jurídico empieza desde una mirada de menoscabo hacia los pilares que lo sostienen, una infravaloración que, sin duda, pone en la mira a aquellos que no respetan lo esencial de un derecho, no por el hecho de no percibirlo o conocerlo, sino de aquellos que a plena conciencia de ello deciden emprender prácticas que atentan contra el honor -como bien jurídico-, como es el caso de cualquier ciudadano de a pie o los medios de comunicación.

A raíz del problema planteado resulta conveniente demostrar que la exigencia del *animus* como componente de tipicidad subjetiva del injusto de los delitos contra el honor, más allá de ser dogmáticamente incompatibles con los paradigmas penales actuales, no ayudan a reprimir y evitar conductas futuras tendientes a lesionar el bien jurídico honor, para tal efecto estimamos que la solución estará solo en la exigencia del dolo como elemento subjetivo, prestándole especial atención al dolo eventual (tercer nivel de

graduación), pero desde un enfoque funcionalista, lo cual permitirá una adecuada tutela del honor, como derecho fundamental y bien jurídico, en nuestro país.

1.1.2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

La aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual en el delito de difamación agravada, para la tutela debida del bien jurídico honor.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿De qué manera la aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual permite la tutela debida del bien jurídico honor en el delito de difamación agravada, sin recurrir a la teoría de los *animus*?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

“Explicar de qué manera la aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual permite la tutela debida del bien jurídico honor en el delito de difamación agravada, sin recurrir a la teoría de los *animus*. ”

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a. Demostrar, a partir la dogmática penal, que la aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual, en el delito de difamación agravada, busca brindar un mayor margen de protección al bien jurídico honor.
- b. Analizar los fundamentos de la aplicación de la teoría de los *animus* en el delito de difamación agravada, a la luz del derecho comparado.
- c. Justificar la factibilidad de la aplicación del dolo eventual desde un enfoque funcionalista frente a la obsolescencia de la teoría de los *animus*, en el delito de difamación agravada, a partir de la casuística nacional.

1.4. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Dado que, la aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual en el delito de difamación agravada, sin recurrir a la teoría de los *animus* que lo define como tipo penal de tendencia interna intensificada, simplifica la actividad probatoria dirigida a acreditar la comisión o no del delito y ayuda a reducir la brecha de impunidad generada por la dificultad de probar la especial intención del sujeto agente de lesionar el honor, es probable que, ello permita la tutela debida del bien jurídico honor.

1.5. VARIABLES

Para Estela y Moscoso (2019) las variables “(...) pueden definirse como aspectos de los problemas de investigación que expresan un conjunto de propiedades, cualidades y características observables y medibles de las unidades de análisis, tales como individuos, grupos sociales, hechos, procesos y fenómenos sociales o naturales”. (p.41)

El enunciar una hipótesis significa la identificación de variables e indicadores que resultan de su correcta formulación. La variable es un concepto, una característica, atributo o factor conformante de un objeto o fenómeno de investigación, en este caso, del enunciado o la hipótesis propuesto por el investigador: “Es una propiedad que puede fluctuar y cuya variación es susceptible de medirse u observarse”. Como unidad de medición se operacionaliza descomponiéndolo en sus elementos integradores. Estos elementos se denominan indicadores; como subunidades de medición, indican o dan indicios de otros conceptos deducidos de los más generales. Las variables e indicadores se extraen de las hipótesis correctamente formuladas. Designan una propiedad o institución jurídica que puede adquirir diferentes valores. (Aranzamendi, 2015, pp. 231-232)

Para Kerlinger, (como se citó por Estela y Moscoso, 2019) “los científicos llaman vagamente variable a los constructos o propiedades que estudian: Sexo, ingresos, educación, clase social, productividad organizacional, movilidad ocupacional, nivel de aspiración, aptitud verbal, ansiedad, religión, preferencia política, desarrollo político (...); son ejemplos de variables en sociología, psicología y educación, es decir, una variable es una propiedad que adquiere distintos valores. Diciendo esto en forma redundante, una variable es algo que varía”

Según Estela y Moscoso (2019) existen dos definiciones de variables, que debemos tener en cuenta para poder comprender la importancia y manejo de las mismas:

- a) Definición de tipo conceptual: Aquella que define la variable, por medio de su descripción y conceptualización utilizando otra terminología; facilita al que efectúa la investigación tener un acercamiento de lo que, en concepto, dicha variable significa al hecho investigado. Y b) Definición de tipo operacional: Permite realizar observación y medición de la real expresión de las variables, se trata de la definición de las variables por desagregación en su plano empírico, por medio de la deducción, o sea de lo general a lo particular.

a. Variable Independiente

Consideramos pertinente y prudente definir conceptualmente la palabra variable para concretar su identificación y desarrollo, de manera más efectiva. Respecto a la variable independiente son:

(...) aquellas variables que el investigador controla o manipula y tiene una relación explicativa con las propiedades de las variables dependientes. La variable dependiente (V.D) resulta siendo la supuesta causa de la variable dependiente (V.I) y/o a veces su efecto pertenece a este grupo cuando ejerce influencia o causa efecto o determina a otras variables dependientes, y son las que permiten explicar a estas. (Estela y Moscoso, 2019, p. 44)

Según nuestra hipótesis de investigación, tenemos como variable independiente la siguiente:

V.I: La aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual, en el delito de difamación agravada.

b. Variable Dependiente

En palabras de Estela y Moscoso (2019), “Son aquellas que reciben la influencia, el efecto, o son consecuencia de otras variables o situación fáctica, vale decir, son las que se explican en función a otras.” (p.45) Según nuestra hipótesis de investigación, tenemos como variable independiente la siguiente:

V.D: Tutela debida del bien jurídico honor, sin recurrir a la teoría de los animus.

1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. CONVENIENCIA

La conveniencia de la presente investigación reside en la seguridad jurídica que se busca generar, especialmente en las resoluciones jurisdiccionales en nuestro país, expresado en criterios unísonos de la posición jurisdiccional en cuanto a las exigencias de elementos de tipicidad subjetiva en el injusto del delito de difamación agravada (delito contra el honor) y en el sometimiento de las resoluciones del Poder Judicial, primero, al estricto cumplimiento de la legalidad como principio rector de todo Estado de Derecho

y, segundo, a las tesis dogmáticas penales de utilidad vigente, para la tutela debida del bien jurídico honor.

1.6.2. RELEVANCIA SOCIAL

La teleología de toda ciencia de corte social, donde está incluido el derecho penal, pretende dar solución a los conflictos sociales, en otras palabras, edificar y fortalecer un sistema jurídico penal legítimo y eficiente. En definitiva, esta resulta una tarea importante que se alinea a los fines antes mencionados, en donde, de forma insoslayable y necesaria, la persona humana y el respeto de su dignidad conforman el eje central de la totalidad del sistema, especialmente, el nuestro.

Es por ello que afirmamos que la presente investigación tiene relevancia de carácter social porque busca desterrar la gran brecha de impunidad generada por criterios jurisprudenciales alejados a las tendencias actuales del derecho penal y que en nada ayudan a resolver los conflictos que atañen al bien jurídico honor en nuestro país.

1.6.3. IMPLICACIONES PRÁCTICAS

A través de la presente investigación no solo se busca arribar al conocimiento de los efectos, consecuencias y factores que influyen en la escasa resolución de conflictos penales que atañen al bien jurídico honor, sino también esbozar planteamientos correctivos que operen de forma sistemática en disipar el problema planteado.

A partir de la información obtenida, se realizará un diagnóstico fidedigno de la errada orientación de la jurisprudencia anotada, y con ello facilitar la actividad jurisdiccional referida a querellas seguidas por presuntas comisiones de delitos contra el honor, favoreciendo en la predictibilidad de las sentencias penales, las cuales deberán estar perfectamente alineadas “(...) con la legalidad material y con el pensamiento sistemático actual de la ciencia jurídico-penal, es decir, la eficacia del planteamiento teórico-normativo se mide con su capacidad de rendimiento efectivo” (Peña, 2008, p. 3), en la realidad práctica.

Esta investigación tiene implicancias prácticas a su vez, pues se coadyuvará a la solución de conflictos penales relacionados a la afectación del bien jurídico honor que los justiciables -personas naturales o jurídicas- presenten ante los juzgados unipersonales de cualquier corte del país.

1.6.4. VALOR TEÓRICO

La forma correcta de ver una contribución investigativa de esta índole es a través de las repercusiones que puede traer en plano jurídico dogmático, claro está – dentro del derecho penal. Tal como conocemos a la dogmática jurídica. Hemos creído que asentar una línea de conformidad sobre interpretaciones difusas o no claras, crea ese esperado soporte que protege y garantiza una forma de decidir sobre problemas acaecidos en parecidos márgenes fácticos. Es justo, la claridad de los conceptos diversos de la dogmática penal, la que crea un terreno de constante cuestionamiento, pues yace en ello el meollo y contenido de algunas instituciones jurídico-penales cruciales para el desarrollo del derecho penal.

En el libro que homenajea al jurista Luis Jiménez de Asúa, "Problemas actuales de las ciencias penales y de la Filosofía del derecho" (1970), el profesor español Enrique Gimbarnat Ordeig, cuya investigación se titula “¿tiene un futuro la dogmática jurídico – penal?”, resaltó que, en Alemania por la década del sesenta, el derecho penal ha alcanzado un auge sin precedentes, de manera sostenida; a través del impulso y retroalimentación de los círculos intelectuales que, cuyo crédito se ubica en la contribución en la formación de categorías medulares, tales como: la pena, el derecho penal, criminología, etc; prácticamente como resultado de la riqueza investigativa de la ciencia del derecho penal.

La presente investigación apuesta por una visión integral de la dogmática, utilizada para aplicar el derecho penal de forma basta y sin medias tintas. Con el fin de dar solución a problemas concretos, tales como el de la aplicación del dolo eventual en los delitos contra el honor – materia de investigación –, para escenarios judiciales donde comúnmente los magistrados del órgano jurisdiccional penal descarrilan su interpretación al no encontrar una línea fija hacia donde arribar su fallo.

Constituye una situación innegable que la dogmática penal, que es a su vez, el principal baluarte de este trabajo de investigación marque la pauta a los criterios de los órganos jurisdiccionales en función de la necesidad imperiosa de controlar el *ius puniendo* del Estado.

Es menester mencionar que un replanteamiento de la dogmática en sólo una arista de este campo jurídico, sino más bien de un uso de sus principales cánones teóricos, por medio del cual, sin lugar a dudas; creemos que son el instrumento más importante y de mayor desarrollo en el derecho penal peruano contemporáneo ante sus principales problemáticas.

Agregando a ello, la ventana por la cual sed debe visualizar el contenido de este proyecto, ‘el punto de contribución concreto’, será en el apartado jurisprudencial con el fin de asentar canales fijos de interpretación, por medio de la aplicación razonada y analítica de los sistemas jurídicos penales, con protagonismo del “sistema funcionalista”.

1.6.5. UTILIDAD METODOLÓGICA

La aplicación del método en un trabajo de investigación, tiene especial trascendencia, por el mismo hecho de ser el producto de una vocación científica, desarrollada a partir del conocimiento cercano de la realidad, o por lo menos, de un sector determinado de la misma, cuya especial atención y tratativa para la disciplina jurídica, permite ampliar el margen de conocimientos, a partir de otros ya establecidos y consolidados -a priori- por medio de teorías y cánones, frente a situaciones novísimas.

Carrasco (2006) sostiene que el método puede ser entendido como un modo, forma o vía para conocer o lograr un objetivo previamente determinado. Partiendo de dicha línea de pensamiento, arribar al principal logro del presente trabajo de investigación, es considerar las variables más importantes por donde deben ser entendidos los contenidos del derecho y los hechos sobre los cuales se aplican, muchas de ellas – para ser exactos – ocurridos a nivel local, regional y nacional, por medio del amplio espectro de los medios de comunicación –, convirtiéndose en su conjunto, en el eje de entendimiento e interpretación de instituciones jurídicas como el dolo y la culpa en los delitos contra el honor.

El derecho penal es el objeto de conocimiento, que constituye la base de donde se apoyan tanto la dogmática penal – conocimiento del objeto –, como la ciencia del Derecho Penal – en cuanto es el proceder científico para el conocimiento del objeto – y la política criminal – entendida como la utilidad del objeto del conocimiento. (Polaino y Polaino, 2004, p. 54)

Es propicio a partir de ello, mencionar que la utilidad de este proyecto persigue completar e integrar – desde la dogmática penal –, la correcta aplicación de la norma jurídica y por ende una correcta asunción de penas, por hechos de personajes que calcen en la descripción típica (delitos contra el honor) pero que además encuentren en los criterios establecidos en los sistemas jurídico-penales o enfoques dogmáticos penales, la forma más adecuada de evitar caer en las grietas de impunidad.

Sostiene Torres (2015) sostiene sobre el método de la ciencia jurídica que:

(...) las peculiaridades del objeto determinan que cada una de las ciencias tenga su propio método de conocimiento. El objeto del Derecho es el complejo de normas jurídicas reguladoras de conducta humana social conforme a ciertos valores. En otras palabras, el objeto del derecho es la realidad social o cultural regulada por la realidad normativa de acuerdo con ciertos valores. (p. 190)

Tal como se plasma la opinión autorizada del autor precitado, la realidad social es el quid u objeto de estudio del derecho, vista desde la norma y en consonancia con los principios y valores del ser humano; ello se condice con lo que Torres (2015) opina, al decir que la base empírica de la ciencia jurídica es la conducta humana, la base normativa es el ordenamiento jurídico y la base ideal o expectativa son los valores. Y es justamente a través del método científico, en su variante inductiva que, a partir del conocimiento de un caso en concreto, donde se pretende vislumbrar el aporte esperado.

1.6.6. BENEFICIARIOS

La riqueza de todo trabajo de investigación yace en brindar alternativas de solución o solución concreta, a un problema latente en el plano fáctico y social. Sin disociar una de las principales virtudes de la misma, que es el establecer un mejor análisis y enfoque, frente a los problemas jurídicos a tratar; pues desde las diversas perspectivas y prospectos en una investigación de derecho, tenemos certeza que lograremos la finalidad prevista con un plus consistente y de mucho provecho para la comunidad jurídica conformada por (estudiantes, abogados, funcionarios públicos, etc).

Constituye un aspecto importante, prefigurar cada apartado de la investigación, desde antes de materializar el proceso investigativo. Pues resulta insoslayable que toda empresa jurídica de esta naturaleza, busque ser la respuesta a cada situación dentro de las infinitas posibilidades que se presenten en el ejercicio profesional del derecho. Es por ello que, haciéndose del arma de la investigación, del método científico, y el uso de herramientas, así como del tiempo necesario para ello; busque encaminarse con seguridad hacia el logro de sus objetivos, aquellos mencionados en las líneas iniciales del párrafo *supra*.

Con la finalidad – qué duda cabe –, de incrementar la valía teórico-jurídica de las instituciones del derecho, de la concordancia práctica de la norma y de uniformizar los criterios consumados en la jurisprudencia, queda claro que los principales interesados en obtener provecho de este proyecto encontrará respuestas sensatas, claras y trabajadas.

1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

La suma de esfuerzos por organizar el trabajo de investigación bajo la bandera de un orden sistemático que permita una revisión fundada en la norma, doctrina y jurisprudencia, nos ubican en una división mesurada y prudente de tres capítulos los cuales, obran nominados de la siguiente forma: Capítulo I – *Propedéutica del dolo como elemento subjetivo del tipo y su desarrollo en la teoría del delito de la doctrina jurídico penal*, Capítulo II – *Delitos contra el honor, particularidades sobre la difamación agravada y el desarrollo de la teoría de los animus* y el Capítulo III – *Aplicación del dolo eventual frente a la teoría de los animus en el delito de difamación agravada desde un enfoque funcionalista*.

Sin hacer de lado las categorías que a la literalidad de cada capítulo se plasman, cabe especificar de forma puntual el abordaje del primer capítulo, el cual reside en un ahondamiento teórico que enerva las bases doctrinarias que sustentan el problema de investigación, así como las teorías y posturas de distintos autores que enriquecen la dialéctica sobre instituciones relevantes en la teoría del delito, tales como el dolo y los elementos subjetivos distintos al mismo; desde un panorama – no genérico – abocado a los conceptos trascendentales necesarios y cercanos al objeto de investigación.

El segundo capítulo, proporciona un desarrollo concreto que gira en torno al bien jurídico honor, avizorando el aspecto doctrinario preciso que le dota de su contenido esencial, cuya protección se encuentra sujeta – a través del tiempo –, en distintas teorías tales como la teoría normativo-funcional; así como el reconocimiento de su naturaleza constitucional como máxima expresión de la dignidad humana. Asimismo, se fija un arco teórico solvente respecto a los delitos contra el honor, específicamente sobre la difamación agravada y su correlato fuertemente cuestionado, la teoría de los *animus*.

El tercer capítulo condensa los principales pronunciamientos jurisdiccionales, plasmados en recursos de nulidad seleccionados – muestra por conveniencia –, donde producto del análisis casuístico, podremos determinar si la teoría de los *animus*, va quedando obsoleta frente a los nuevos retos del derecho penal y procesal penal, así como el fin de la política criminal nacional; respecto a la protección del bien jurídico honor (destacando el Caso Paolo Guerrero vs. Magaly Medina). En definitiva, el haber esgrimidos los principales fundamentos a resaltar, este capítulo nos permite llegar al logro del objetivo general de nuestra investigación, y la consecución de nuestros resultados.

1.8. BREVE REFERENCIA DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN, MÉTODOS EMPLEADOS Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El tránsito del proceso investigativo de la presente tesis sigue el tipo de investigación básica según la aplicabilidad de su objeto, cualitativa según el manejo de la información utilizada de las distintas fuentes recabadas y clasificado como investigación descriptiva según su profundidad y nivel, lo que en palabras de Carrasco (2006) se logra por medio de ésta, al identificar las características esenciales del fenómeno social – jurídico –, materia de estudio, permitiendo así acercarnos a un conocimiento certero de un aspecto de la realidad.

El logro de los objetivos generales y específicos se dan por medio de un camino donde el método científico pone los rieles sobre los que debemos transitar, toda vez que respaldándonos en métodos de investigación científica general, haremos uso del método descriptivo, por la función especialísima de tomar las notas características de cada categoría del objeto de investigación y del método inductivo, como parte de la lógica utilizada en la distribución del conocimiento obtenido de las distintas fuentes acopiadas.

Referente a los métodos de investigación jurídica, así como sus métodos de interpretación, radican su utilidad por la naturaleza del problema de investigación al ser parte de una ciencia formal. Respecto a los primeros empleamos los siguientes: método dogmático y método sociológico jurídico (al ser una tesis eminentemente dogmática se centra en dar una solución ante la falta de criterios uniforme del órgano jurisdiccional, por medio de la doctrina; frente a un problema en el derecho, el cual no permite otorgar seguridad jurídica de manera idónea frente a bienes jurídicos altamente sensibles). Sobre los métodos de interpretación, se utilizaron los siguientes: método exegético, método sistemático, método histórico, método teleológico (busca el sentido exacto de los preceptos normativos, sobre la base de la comparación, remisión y concordancia del ordenamiento jurídico, bajo los fundamentos y contenidos de sus antecedentes; para relieves el fin último de cada institución jurídica en el derecho penal, en pro de la defensa de los bienes jurídicos y el cumplimiento los fines político-criminales del derecho penal).

Por último, en tanto al diseño hace uso de los diseños no experimentales, por la no injerencia en las categorías o variables de la investigación. Siguiendo un enfoque cualitativo (destinado a ampliar el caudal de conocimientos teóricos), fijando los demás diseños dentro de la clasificación genérica antes mencionada en: diseño transaccional descriptivo, diseño de investigación – acción, teoría fundamentada, estudio de caso

cualitativo; para recaer de manera específica en los siguientes: diseño descriptivo – propositivo, el que según Aranzamendi (2013) busca saber cuáles son las falencias o deficiencias de un enfoque teórico jurídico, al resolver un problema; por medio del cual también se podrá evidenciar los distintos vacíos o lagunas jurídicas que puedan encontrarse en todo el camino investigativo.

1.9. BREVE DESCRIPCIÓN A LAS REFERENCIAS UTILIZADAS

Las fuentes utilizadas para esta investigación fueron obtenidas de bibliografía seleccionada afín a la materia de estudio, artículos científicos en revistas indexadas, repositorios institucionales de universidades nacionales (Renati - SUNEDU), así como de universidades a nivel internacional de sistemas jurídicos penales similares, para el acopio debido de tesis de pregrado y posgrado (maestría y doctorado) donde podamos advertir la existencia de los antecedentes respectivos. También se obtuvo, de libros electrónicos, boletines, y sobre todo; de la norma especial a nivel nacional (además en doctrina y jurisprudencia) y de normas a nivel internacional (doctrina y jurisprudencia).

II. MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL.

De Pablo (2014), en su tesis titulada “Los Delitos contra el Honor en el Derecho Penal Español y en el Derecho Comparado”, para obtener el grado académico de doctor, quien aborda un amplio desarrollo del bien jurídico honor, como derecho ubicado dentro de las cuestiones de mayor interés en la doctrina española. Dentro del cual, se menciona al dolo como un derecho fundamental consagrado, reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española.

Explica cómo la aparición de la novísima “sociedad de la información”, ha preponderado junto a los medios de comunicación en la era digital, como internet y las nuevas tecnologías; creando un espacio de potencial vulnerabilidad de los derechos personalísimos tales como el derecho al honor, a la buena reputación, intimidad personal y familiar y a la protección de datos de carácter personal. Reconociendo que, en la medida en que los canales de la comunicación se multipliquen, existirán cada vez más espacios de ejercicio de la libertad de expresión, surgiendo con ello nuevas amenazas a este catálogo de derechos.

En una de sus conclusiones, De Pablo (2014), menciona lo siguiente:

(...) el parámetro de referencia para la definición del honor es la dignidad de la persona, valor que permite conceder el honor a todo ser humano por su condición de persona, logrando así un reconocimiento igualitario de este bien jurídico; a partir de aquí recurriendo a las consideraciones sociales o fácticas, en mayor o menor medida, se introducirían distinciones en el concreto honor individual jurídicamente tutelado. En el marco de las teorías normativas crecen las sugerentes teorías que interpretan el honor como un valor resultante de las “*relaciones de reconocimiento*”: profundizan en la vertiente social del honor desde la consideración de que la realización de la individualidad no es una tarea exclusivamente personal, apartada del mundo exterior, sino que el individuo pone esta individualidad bajo la mirada de la comunidad esperando obtener de ella su *reconocimiento* (...). En las concepciones constitucionalmente orientadas o de base constitucional se fundamenta el honor en valores objetivos de la Constitución, de forma que, en conexión con la dignidad de todos los hombres, consagrada como valor superior en las normas fundamentales, el honor es un atributo reconocido a toda persona por igual, si bien, es socialmente relativizado

o mediatizado en atención al estilo de vida del individuo, evaluado desde una perspectiva social y moral, como un valor social adquirido. (p. 1129)

2.1.2. A NIVEL NACIONAL.

Mendoza (2017), en su tesis titulada “Criterio jurisdiccional de los juzgados penales unipersonales en la tipificación de los delitos contra el honor, Arequipa – 2010 al 2015”, para obtener el título profesional de abogado, donde se aborda la problemática sobre si además del Dolo, el Juez Penal, deba de exigir un *animus injuriandi*, *animus calumniandi* y *animus difamandi* en la tipicidad de carácter subjetiva de los delitos contra el honor previstos en el código penal peruano vigente, para tal efecto, se cuestionó, dentro de su proyecto de tesis: “¿Cuál es el criterio jurisdiccional de los juzgados penales unipersonales en la tipificación de los delitos contra el honor?” (p. 5), fijando como objetivo “determinar el criterio jurisdiccional de los juzgados penales unipersonales en la tipificación de los delitos contra el honor” (p. 29); concluyendo, en su informe final, que, “en base a los resultados obtenidos, resulta innecesario que el Juez deba exigir el animus, por cuanto genera confusión y afecta la uniformidad de criterios jurisdiccionales” (p. 89). Otras de las conclusiones que formula el autor, son las siguientes:

Los Criterios Jurisdiccionales de los Jueces Penales Unipersonales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los casos de los delitos contra el Honor, varían por la particularidad y complejidad del concepto del Honor, esto se debe, a que las personas no tienen el mismo modo de valorar su Honor, incluso tales pueden ser personas jurídicas, cuyo honor viene siendo discutido en el campo académico por existir posiciones divergentes. (p. 89)

Respecto al análisis del tipo subjetivo en los delitos contra el honor, el autor, sostiene que:

La tipificación subjetiva de los delitos contra el honor que realiza la doctrina y la jurisprudencia nacional es variable, por presentarse hasta tres maneras para realizar esta tipificación: sólo el dolo, el dolo más el animus y el animus equivalente al dolo. La tipificación subjetiva de los delitos contra el honor que realizaron los Jueces Penales Unipersonales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa entre los periodos 2010 al 2015, a pesar de realizarlo hasta de tres maneras, que genera la falta de uniformidad de criterios jurisdiccionales; el dolo ha sido el más empleado. Sin embargo, resulta conveniente resaltar que hay un

número considerable de sentencias que no fundamentan el tipo subjetivo de los delitos contra el honor. (p. 89 - 90)

Finalmente, atendiendo al problema planteado, estima en proponer una solución, sosteniendo que:

La ausencia de uniformidad de los criterios jurisdiccionales atenta la calificación jurídica de la tipificación subjetiva de los delitos contra el honor, conforme a la Ley. Por lo resultados obtenidos en la investigación, ésta puede ser solucionada empleando sólo el dolo, excluyendo así, el elemento subjetivo distinto al dolo, como es el animus. Logrando así, la uniformidad de los criterios jurisdiccionales de los jueces penales unipersonales, lo cual, garantizaría el juicio predictible en la tipificación subjetiva de los delitos contra el honor. (p. 90)

Otro de los antecedentes recogidos a nivel nacional es desarrollado por Chero (2017), quien, en su tesis titulada “La legalidad del derecho a la libertad de expresión frente a la tipicidad del delito de difamación”, para obtener el título de abogado, abordó el problema referido a si el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información es o no causa de justificación para el delito de difamación, para tal efecto, se cuestionó, “¿podríamos señalar que hacer ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información es causa de justificación para el delito de difamación?” (p. 18), fijando como objetivo “reconocer los aspectos fundamentales de protección del derecho a la libertad de expresión e información, frente al delito de difamación” (p. 18), ello, a través de un “análisis crítico sobre la línea seguida por nuestros tribunales de justicia al momento de resolver ante la supuesta configuración del delito de difamación el conflicto entre el ejercicio legítimo de la libertad de expresión y el honor” (p. 4); concluyendo que, en base a los resultados obtenidos:

El ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información en ningún sentido podría concebirse como una conducta indeseable al extremo de que los ciudadanos deban orientar sus comportamientos a evitarla. Su ejercicio, en sintonía con lo que el propio sistema jurídico exige (veracidad, prohibición de excesos e interés público) hace insostenible su prohibición o calificación como “hecho típico. (p. 65)

Por su parte, Quintanilla (2014), en su tesis titulada “Publicaciones de los medios de prensa escritos regionales y los delitos contra el honor de las personas en la Región de Puno, año 2010”, para optar por el grado de maestro en Derecho, abordó el problema referido a determinar las causas por las que no se denuncian penalmente las

publicaciones de los periódicos regionales en Puno que atentan contra el honor de las personas, para tal efecto, se cuestionó “¿qué causas originan que los excesos en publicaciones de periódicos regionales que atentan contra el honor de las personas en la región de Puno no fueron denunciados penalmente durante el año 2010?” (p. 3), fijando como objetivo “determinar las causas por las que no se denuncian penalmente las publicaciones de los periódicos regionales que atentan contra el honor de las personas (p. 4); concluyendo que, en base a los resultados obtenidos:

La principal causa por la cual las personas agraviadas en su honor no denuncian este tipo de delitos publicados en medios regionales de prensa escrita, son los factores económicos, es decir los onerosos gastos económicos que una acción judicial demanda inhibe a los agraviados a iniciar acción judicial alguna, así también la carencia de tiempo y/o la poca importancia o relevancia que el agraviado presta a este tipo de delitos contra el honor. (p. 157)

Otras de las conclusiones expuestas por el autor en su tesis, es consistente en que:

La desconfianza en la administración de justicia (PJ, MP y PNP) y el desconocimiento de la legislación sobre delitos contra el honor son también causas por las que los agraviados no denuncian estos delitos, a pesar de sentirse mancillados en su honor. Los irrisorios montos de reparación civil y la improbabilidad de su ejecución es también un factor que desanima a los agraviados a denunciar estos delitos. (p. 157)

2.1.3. A NIVEL LOCAL.

Huapaya y Saucedo (2018), en su tesis titulada “Criterios de los Juzgados Unipersonales y su aplicación del delito de Difamación en el Distrito Judicial del Santa, 2017”, para obtener el título profesional de abogado, fijaron como objetivo general “explicar los criterios de los Juzgados Unipersonales y su aplicación del delito de Difamación en el Distrito Judicial del Santa, 2017” (p. 36), donde los resultados de tal investigación los llevó a concluir lo siguiente:

(...) los criterios de los Juzgados Unipersonales en cuanto a la aplicación del delito de Difamación en el Distrito Judicial de Santa, se viene aplicando un criterio de archivo por no cumplirse varios requisitos en el Código Procesal Penal, como los medios probatorios que no eran suficientes para probar el hecho imputado y la sanción penal no se ajusta a los parámetros ya determinados” en la norma procesal penal; por lo que al imponerse dichas sanciones encontramos que

son muy severas, puesto que no se cumplen con las formalidades, es por ello que muchos procesos son archivados por falta de interés de las partes. (p.64)

Otras de las conclusiones a las que arribaron está referida a los argumentos de la parte considerativa de las resoluciones que archivan las causas penales provenientes de querellas por comisión de delitos contra el honor; en tal sentido sostienen lo siguiente:

Asimismo, en los fundamentos de las resoluciones de archivo, hemos observado que los magistrados al momento de emitir sus sentencias en sus despachos judiciales, valoran las opiniones y pedidos de los querellantes como los informes de los querellados, por lo que al momento de aplicar la pena por el delito de Difamación, es valorado mediante una actuación objetiva, que se basa en lo establecido en la norma procesal objetiva, puesto que ya están establecidas los presupuestos que se deben cumplir en un proceso de querella sometido mediante una acción privada. (Huapaya y Saucedo, 2018, p.64)

2.1.4. ANTECEDENTE DOCTRINARIO.

Hemos considerado como antecedente doctrinario por excelencia- sobre la materia específica-, una de las mejores producciones bibliográficas del año 2018, cuya autoría es del doctor Alonso Peña Cabrera del, titulado “*Delitos contra el honor, Conflicto con los derechos a la información y libertad de expresión*”, en donde el autor realiza un minucioso análisis dogmático y jurisprudencial sobre los delitos contra el honor, desarrollando cada uno de los elementos del tipo de la triada de delitos sobre los que recae nuestro objeto de estudio, Injuria, Calumnia y Difamación. Siendo el primer antecedente directo el cual tiene un fuerte nexo, con nuestro objeto de estudio y en donde se deslindan cuestiones y absuelven dudas, sobre si el problema en la aplicación de los *animus*, es o no, de carácter jurisprudencial.

2.2. MARCO CONCEPTUAL

2.2.1. BASES TEÓRICAS.

a. Teoría del delito del sistema causalista.

a.1. Causalismo Naturalista (Sistema Liszt-Beling). Bustos (como se citó en Villavicencio, 2010), sostiene que:

El pensamiento filosófico del positivismo naturalista, que es un pensamiento mecanicista y causalista, originó el método del sistema Liszt Beling. Este positivismo científico se traduce en dos expresiones: una de ellas es el

normativismo (Dogmática del Derecho Penal); y el otro es el naturalismo (Criminología). Dicha concepción filosófica, se halla plasmada en la concepción del delito que construye este sistema. Con este sistema se da inicio a la dogmática moderna buscando la configuración de una teoría científica del delito. (pp. 234 - 235)

Luzón (como se citó en Villavicencio, 2010), agrega además que “este sistema comienza a utilizar el método analítico del positivismo científico, donde se distingue y se identifica claramente los elementos generales del delito buscando en cada uno de ellos su base empírico-descriptivo, diferenciando las características objetivas de las subjetivas.” (p. 235)

Roxin (como se citó en Villavicencio, 2010), afirma que “No debemos olvidar que el causalismo naturalista se le identifica por su sencillez y claridad explicativa. Se buscaba reconducir al sistema del derecho penal a componentes de la realidad mesurables y empíricamente verificables.” (p. 235)

Sostiene Roxin que, este sistema se caracteriza por ser sencillo y claro en su exposición; toda vez que pretendía ubicar al derecho penal en cada aspecto de la realidad fácticamente comprobable o verificable.

En palabras de Liszt (como se citó en Villavicencio, 2010), el causalismo naturalista:

“(….) adoptó el pensamiento científico de las ciencias naturales y lo adecuó a la explicación del delito, como un sistema de sucesivas determinaciones. Este se regía bajo el canon *objetivo-subjetivo*, lo injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva. Es así que este sistema influenciado por el positivismo naturalista, la acción era el movimiento corporal impulsado por la voluntad que modifica el mundo exterior, perceptible por los sentidos, relacionando ambos extremos a través de la causalidad. (p. 235)

a.2. Causalismo Valorativo (Sistema Neo-Clásico). Villavicencio (2010) nos dice que este sistema causal *valorativo* tiene fuertes ideas del neokantismo valorativo yuxtapuesto en un sistema positivo natural del delito, de modo que, la valoración resulte vinculada a los elementos constitutivos del delito en su conjunto. Bustos (como se citó en Villavicencio, 2010), sostiene que:

En Alemania, el método positivista fue abandonado a principios de los años veinte del siglo pasado. Así, por la influencia del neokantismo de la escuela sudoccidental alemana, surge un modelo causal valorativo que estudia el delito en orientación a valores e ideales. La ideología neokantiana se identifica entre dos grandes ciencias: las de la naturaleza y las de los valores (son propias del aspecto social de los hechos). (p. 237)

Este sistema conserva el concepto causal de la acción en su concepción inicial, dejando de lado la identificación naturalista descriptiva – que proviene del sistema clásico, en esencia–, pasando a ser, eminentemente, una acción de carácter normativo valorativo. Es así como Luzón (como se citó en Villavicencio, 2010), sostiene lo siguiente: “Debido a que la definición del sistema clásico de la acción como movimiento corporal implica hablar de una conducta activa y no pasiva, se redefine a la acción como una conducta humana externa y dependiente de la voluntad, o como manifestación de la voluntad al exterior.” (p. 238).

En líneas claras, para el profesor Villavicencio (2010) la construcción dogmática de este sistema:

(...) buscó otro tipo de diferenciación para explicar el injusto y culpabilidad y los encontró en las distintas formas de valoración. Al afirmar la presencia del injusto, se valora el hecho desde el punto de vista de la dañosidad social, y al constatar la culpabilidad se lo valora desde el punto de vista de la reprochabilidad. (p. 240)

b. Teoría del delito del sistema finalista.

Villavicencio (2010) nos dice que “La doctrina de la acción finalista fue introducida por Hans Welzel, en su artículo *Kausalität und Handlung* (causalidad y acción) que en 1930 surge como reacción al relativismo gnoseológico del neokantiano” (pp. 242-243). Welzel (1957) menciona que “el sentido objetivo y subjetivo del obrar se encuentran indisolublemente entrelazados y que no se puede suprimir el uno sin aniquilar también simultáneamente el otro” (p. 256).

Roxin (1999), afirma que “La filosofía del finalismo se fundamentó en la doctrina de las *estructuras* lógico-objetivas que pertenecen al mundo del ser (naturaleza de las cosas)” (p. 201) y tal como consideraba Welzel (1964) que “(...) la ciencia del Derecho Penal tiene la misión de construir un sistema partiendo de dichas estructuras.” (p. 14).

El sistema finalista se basó en dos corrientes filosóficas: el ontologismo fenomenológico y la filosofía epistemológica. El ontologismo fenomenológico,

que se propugnó en las décadas de los años 30 hasta los 60 del siglo pasado, establecía que el mundo se organizaba de acuerdo a las finalidades. (...) Welzel ataca al concepto causal de acción. Para este autor, “acción humana es ejercicio de actividad final”. La acción es, por tanto, un acontecer “final” y no solamente “causal”. La acción vuelve a ser el eje central de la teoría del delito, operando esta vez, desde una óptica ontológica, es decir, de acuerdo a un fin. (Villavicencio, 2010, p. 244)

El jurista Alex van Weezel resalta en una revista especializada, sobre la teoría del delito de este sistema, que:

(...) a partir de los años '50 del siglo pasado, el desarrollo teórico y sobre todo didáctico del finalismo comenzó a otorgar una gran importancia a la acción como la realización de una voluntad individual. Los aspectos individuales de la actuación humana, su dimensión psicológica y psico-cibernetica, pasan a ocupar el lugar donde en algún momento habían estado conceptos de 'expresión de sentido'. (Weezel, 2013, p. 617).

Es entonces que, a partir de esos años, la voluntad individual toma protagonismo, como la principal faceta del delito. En palabras de Weezel (2013), el enfoque de la corriente finalista consiste, llanamente, en relacionar de manera automatizada, la presencia o ausencia de determinado hecho en el plano abstracto o psicológico, una consecuencia en el campo de la imputación penal.

Resulta claro que, del concepto originario, el autor terminó integrando o adoptando matices por influencia de profesor Cousiño (1975) en su libro “Los elementos psicológicos del dolo”, citado por Weezel (2013) quién indica que en dicha producción bibliográfica:

(...) se distinguen un elemento intelectual y un elemento volitivo del dolo. El dolo eventual se presenta como idéntico al dolo directo, en cuanto al elemento intelectual, pero diferente a él en cuanto al elemento volitivo o “querer”. Sólo el dolo directo, definido como la intención o “determinación de la voluntad consciente en persecución de un fin” que no es otro que la realización típica (afán de realizar el tipo), puede considerarse como *estrictu sensu*. (s.p)

c. Teoría del delito del sistema funcionalista.

Roxin (como se citó en Villavicencio, 2010) define así, a este sistema como el sustento:

(...) para una teoría del delito, empezando a ser desarrollado en la década de 1970, alejándose de los postulados finalistas en el entendido que el Derecho Penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógicas-reales), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal. (p. 248)

Por su parte Villavicencio (2010) aduce que “Los postulados funcionalistas no buscan modificaciones a la teoría del delito, más bien, pretenden atribuir en sus elementos nuevos contenidos con el objetivo de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicabilidad a la realidad” (p. 248). La doctrina está de acuerdo en admitir que el *funcionalismo o sistema racional-final*, halla su basamento en la sociología sistemática de Parsons, Luhmann, Merton, (los dos últimos acogidos por Jakobs y Roxin), donde el andamiaje por el cual se aborda el problema es el sistema. Bernal et al. (2019) sostienen lo siguiente:

El funcionalismo se considera continuador del positivismo al situar al individuo en una relación antagónica con la sociedad, que parte, igual que el positivismo, de un modelo consensual. Su objetivo es el de ofrecer elementos desde la sociología, para el *mantenimiento o desarrollo* (...). El concepto de función, central en esta perspectiva, le permite concebir a la sociedad como un proceso que no se estudia aisladamente sino en relación con el contexto. Si bien la sociedad se considera en forma dinámica, el mundo social se sigue considerando de forma absoluta. (p.95)

La concordancia teórica del objeto social del derecho, con el enfoque del sistema funcionalista, resulta bien vista, pues ambos parten de una realidad variable o dinámica, que hacen adaptar y flexibilizar el contexto social del hombre conforme a su lugar y tiempo. Pues es en función de éste, donde se desarrolla, y se asumen los cambios necesarios para su subsistencia. Toda persona desempeña un rol, sobre el cual se gesta el movimiento vital de la sociedad, sobre el cual existen aspectos pilares que la sostienen, como el comercio, tráfico económico jurídico, las relaciones interpersonales, interculturales, internacionales, etc.

Entendiendo así, la esencia del funcionalismo, nos ubicamos ahora en el área jurídico penal; es allí donde, Bernales et al (2019) destaca también que este sistema, estudia la conducta social delictiva del hombre, dado que la piedra angular de su enfoque, es la “desviación” respecto a una norma de índole social.

2.2.2. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS.

a. El Dolo.

Según los autores Ossorio y Cabanellas (2011) la construcción conceptual o terminológica de “dolo” proviene:

Del lat. *dolus*; a su vez, del griego *dolós*. Comúnmente, mentira, engaño o simulación. Comúnmente, mentira, engaño o simulación. Jurídicamente adquiere tres significados: vicio de la voluntad en los actos jurídicos, elemento de imputabilidad en el incumplimiento de obligaciones, o calificación psicológica exigida como integrante del delito civil o agravante del delito penal. En el primer sentido, el *dolo* puede definirse, como lo hace el art. 931 del Código Civil argentino: “Toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo que es verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee” para conseguir la ejecución de un acto. El segundo y el tercer sentido de la voz del *dolo* corresponden a lo que comúnmente llamamos “intención”; los actos antijurídicos pueden cometerse con la intención de producir un mal o, simplemente, con la previsión del resultado dañoso, aunque no medie intención. Los antijurídicos civiles configuran “delitos” cuando media *dolo*, y “cuasidelitos” mediando sólo culpa. (p.479)

b. Dolo Eventual.

Almanza (2022), para definir al dolo eventual, como un tipo o forma de manifestación del dolo genérico, sostiene que:

Es aquel que se produce cuando el sujeto se representa el hecho como posible, lejano, pero que podría llegar a ocurrir; no obstante, actúa aceptando dicha posibilidad. Cuando el sujeto no quiere producir un resultado, pero considera que este es de probable producción. El sujeto no quiere el resultado, pero cuenta con él, asume el riesgo (acepta el resultado). (p. 329)

c. Honor.

Sobre el honor, se rescata lo aportado por Ossorio y Cabanellas (2011), quienes afirman que es la:

Cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos. Gloria o buena reputación que sigue

a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea. (p.642)

d. Injuria.

Para los profesores Ossorio y Cabanellas (2011) la injuria tiene que ser definida como un:

Agravio, ultraje de obra o de palabra. Hecho o dicho contra razón y justicia. Daño o incomodidad que causa una cosa. La primera acepción afecta al Derecho Penal, con repercusiones indemnizatorias de orden civil. La tercera acepción se relaciona con el Derecho Laboral. Ante esta triple manifestación de la *injuria*, de aspectos muy varios, se aborda por separado, en las voces siguientes, en las tres ramas jurídicas expresadas. (p.687)

e. Calumnia.

Etimológicamente, la acusación falsa hecha maliciosamente para causar daño. Jurídicamente, delito contra el honor de las personas, consistente en la imputación falsa de la comisión de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio; o sea, al ejercicio de la acción pública. La legislación argentina la define como la atribución falsa a otro de la comisión de un delito doloso o de una conducta criminal dolosa, aunque sea indeterminada. Como este delito requiere la falsedad en la acusación, es evidente que el acusado quedará exento de la pena, si prueba la veracidad de la imputación, inversamente a lo que sucede con el delito de *injuria*, que sólo admite prueba en algunas legislaciones, como la argentina, en los casos excepcionales que el propio código determina. (Ossorio y Cabanellas, 2011, p.193)

f. Difamación.

Carrara (como se citó en Peña, 2018) “definía a la difamación como la imputación de un hecho criminoso o inmoral, dirigido dolosamente contra un ausente y comunicado a varias personas separadas o reunidas” (p. 198). La difamación consiste “(...) en la ofensa de la reputación ajena que se comete comunicándose con varias personas y fuera de la presencia del ofendido” (Gómez, 1939, p. 284).

Figura penal autónoma en la legislación peruana, a diferencia del contexto legislativo internacional que la considera a lo sumo una modalidad agravada de la injuria

o calumnia, caracterizada por la difusión o propagación masiva del hecho ofensivo o denigrante (Rojas, 1999).

g. Difamación Mediática – Agravada.

Angulo (2021), respecto de la difamación mediática o agravada, sostiene puntualmente que:

El tipo penal se refiere a la comisión del delito de difamación simple y también a la calumnia convertida en difamación, a partir del uso de libro, la prensa u cualquier otro medio de comunicación social, usado para difundir y causar mayor daño al agraviado. (...) es la difusión a través de medios, la que agravará el hecho de atribuir un delito y lo convertirá en difamación agravada. (p. 209)

h. Animus iniuriandi.

En términos de Chirinos (2006) es la “(...) intención concreta y específica de ofender y ultrajar” (p. 297). No solo consiste “en decir o en hacer algo injurioso, sino en hacerlo o decirlo con un fin determinado, para menospreciar, deshonrar, desacreditar. (...) lleva implícito en sí el *animus nocendi* (ánimo de producir un daño en el honor, la reputación)” (Ramos, 1957, p. 104).

“El *animus iniuriandi*, viene a ser el objetivo de la voluntad dolosa que da vida al acto que constituye la agresión al bien jurídico” (Angulo, 2021, p. 65).

i. Animus difamandi.

El *animus difamandi* es la intención de atacar la fama lograda y reconocida (Angulo, 2021). En términos de Bramont-Arias y García (1996), el *animus difamandi* es definido como la “Intención expresada en forma perceptible o inteligible, o que se induce de las circunstancias, dirigido a lesionar el bien jurídico del honor ajeno o simplemente como ‘ánimo especial de difamar’” (p. 123).

2.2.3. DESARROLLO TEMÁTICO Y PERSPECTIVA TEÓRICA.

CAPÍTULO I

**PROPEDÉUTICA DEL DOLO COMO ELEMENTO SUBJETIVO
DEL TIPO Y SU DESARROLLO EN LA TEORÍA DEL DELITO DE
LA DOCTRINA JURÍDICO PENAL**

CAPITULO I

Propedéutica del dolo como elemento subjetivo del tipo y su desarrollo en la teoría del delito de la doctrina jurídico penal

1. Teoría del delito y su definición

La manera más adecuada de dilucidar la esencia de la teoría del delito es yendo de manera retrospectiva a su concepto innato desde los inicios, aquellos que abraza la dogmática penal, prolongándose a un análisis general, para llegar hasta donde nuestro derecho nacional y sus principales agentes discuten las distintas corrientes que abrazan, construyendo el cuerpo teórico del derecho penal que conocemos hoy por hoy.

En palabras de Muñoz (2013): “la teoría del delito estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión) para ser considerada delito, sea esta en el caso concreto un homicidio, una estafa, una agresión sexual o una malversación de caudales públicos” (p.1).

Dichas particularidades, en palabras del autor son las que motivan muchas veces a confrontar lo ya conocido, legislado y regulado, para adentrarnos en el terreno de la solución a los principales problemas que el derecho *prima facie*, no podría detectar fácilmente, sin antes repensar la mayoría de las instituciones jurídicas tradicionales, así como los dogmas y principios que la sujetan. Por lo que el ejercicio predisposto por todo interesado de la materia, amerita - en todas sus veces - el intento constante de conocer un poco más, cada arista de esta, así como el formular responsablemente, los cuestionamientos a los agentes del derecho y la justicia, en terrenos donde no haya congruencia con las razones lógicas y sociales, que el derecho penal debería prever.

Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos penales unos de otros; un asesinato es distinto a una estafa o un hurto; cada uno de estos hechos presenta particularidades diferentes y tiene conminadas, en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general del delito. La verificación de estas características comunes corresponde a la teoría general del delito, que es una de las materias de la parte general del derecho penal. (Muñoz, 2013, p.1).

La tarea concreta, y la más importante de este tópico es el buscar el concepto de delito que posea, todo el catálogo de características comunes que debe tener un hecho,

para poder decir que estamos frente a un delito, para posteriormente sea sancionado con una pena. Por lo que resulta fundamental que a partir del derecho penal positivo no siendo posible ni prudente todo intento que se desvincule de ello.

Desde el lado progresivo del “sentido común” en el tiempo, nos puede hacer inferir de forma sencilla, lo que es un delito; por lo que podemos decir que todo ciudadano tiene una idea general de lo que es un delito, por sus evidentes implicaciones negativas a nivel social. Sin embargo:

El penalista (...), no puede moverse con una determinación conceptual de estas características, pues, al ser su trabajo decidir sobre la imposición de las consecuencias jurídicas del delito, resulta necesario un nivel de precisión mayor de aquello que constituye su causa, esto es, el delito. Acudir a un concepto formal en función de lo que la ley tipifica como delito, no ayuda demasiado, en la medida que la tipificación legal no siempre resulta clara e incontrovertida, pero sobre todo no explica la razón de la incriminación. Queda claro entonces que se debe acudir a una definición, material del delito que determine su esencia. (García, 2019, p.311).

Así mismo, esta afirmación es conjuntiva con la noción de la función de la pena, y, como resultado de integrar lógicamente esta, es confiable saber que uno concluir con un conocimiento cabal sobre cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para que una pena sea impuesta legítimamente. Es así como un abogado penalista, juez o simplemente un estudiante de derecho responsable, podrá ser capaz de determinar motivadamente, si una conducta determinada constituye delito alguno.

La dogmática jurídico-penal es la disciplina que se encarga de definir el delito a partir de la regulación positiva. Evidentemente, se trata de una ciencia que se centra en la comprensión más que en la verificación, por lo que la determinación del contenido del delito no puede pretender tener un carácter exacto e inmutable. Dado que, en el estudio de la dogmática penal, se pueden formular varias teorías o hipótesis, la mayoría racionales y por tanto, con pretensión de alcanzar consenso, sin que ello impida un debate dinámico donde se viertan tesis o antítesis, sobre cuál resultaría más eficaz y respetuosa de las garantías penales. Lo segundo nos demuestra que las formulaciones dogmáticas deben ajustarse en todos los casos, a un contexto histórico y social. Los conceptos evolucionan constantemente por ser de naturaleza social, a tenor de una realidad cambiante, por lo que indubitablemente los planteamientos dogmáticos presentan un desarrollo evolutivo que responde no solamente al mayor ahondamiento académico,

aquellos que da lugar a toda disciplina de rigor científico, sino también al esfuerzo por adaptarla a la realidad social en la que se ubica.

Según García (2019), existe una corriente de acentuada prominencia en nuestro derecho penal peruano. Cuyo sustento lo plasma de la siguiente manera:

En los países latinoamericanos, cuyos sistemas jurídicos se encuentran influenciados por el Derecho Penal español, la dogmática jurídico-penal ha seguido, en líneas generales la teoría del delito de procedencia germánica. Si bien cabe reconocer que, en España, se ha generado una importante discusión propia, no existe aún una desconexión con los planteamientos dogmáticos aparecidos en Alemania. La razón por la cual se mantiene esta relación de dependencia puede ser el alto grado de sistematización alcanzando por la dogmática penal desarrollada por la doctrina alemana, lo que no sólo garantiza su coherencia lógica y ausencia de contradicciones, sino que refiere considerablemente el lado garantista del sistema penal. En nuestro país la situación es incluso de mayor dependencia, pues la incipiente discusión dogmática de los escritos especializados y los limitados desarrollos jurisprudenciales no ofrecen aún el mínimo de seguridad necesario para garantizar la efectiva vigencia de un estado de derecho. A la luz de todas las circunstancias, se ve con claridad la necesidad de que la explicación de la evolución del método dogmático del delito deba partir de los desarrollos alcanzados en la dogmática penal alemana. (p.312).

La evolución de la dogmática jurídico-penal, es en buena cuenta el resultado de una disciplina destinada a sistematizar racionalmente los criterios de imputación penal. Lo cual nos permite ajustar nuestro lente de interpretación de la norma y entendimiento de los hechos con mayor destreza y eficacia, en de resolver los problemas que acarrean en el derecho penal, para así brindar soluciones concretas. Es así como, para los fines de esta presente investigación, nos vamos adentrando en los sub-acápitulos siguientes, no sin antes, brindar un concepto del delito, sobre la base de una de las mentes más prestigiosas del derecho penal peruano, quien responde a la pregunta de cajón, ¿qué es el delito? En palabras del distinguido penalista Villavicencio (2015):

El delito, es una conducta típica, antijurídica y culpable. Los niveles de análisis son tipo, antijuricidad y culpabilidad. Estos “distintos elementos del delito están en una relación lógica necesaria. Sólo una acción u omisión puede ser típica, sólo una acción u omisión típica puede ser antijurídica y sólo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable”. El artículo 11 del Código Penal expresa que “son

delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley".

Si bien esta sucinta descripción no expone taxativamente las características que se aceptan para la definición del delito, están implícitas. (p.226)

La relación lógica antes mencionada, sustenta la connotación de los actos considerados como delitos, aquellos descritos por la norma especial en su aspecto positivo – acción y negativo – omisión. Esta dualidad, es presentada como la antítesis que requiere el derecho penal para delimitar los fundamentos del delito, reforzándose con las notas teóricas, que concretizan los demás aspectos, que la conforman como antijurídica y culpable. El Anteproyecto de la parte general del Código Penal del 2004, en su artículo 11 presenta la misma fórmula. V, gr. el que con arma de fuego dispara sobre otro y lo mata. Dicha conducta se condice con el tipo penal de homicidio conforme al art. 106 del Código Penal; denominada como conducta típica. Conducta que es contraria al ordenamiento jurídico, he ahí la conclusión que la apunta como antijurídica (al no existir causa de justificación alguna). Agregamos a ello, que resulta indispensable que el sujeto sea culpable.

Cuello (1996) establece que, en este aspecto, se presenta excepcionalmente en algunos delitos; a mejor entender podemos decir que, hay acciones típicas, antijurídicas y culpables que necesitan de circunstancias particulares para poder considerarlas punibles por el derecho penal. Además, señala el carácter implícito de la punibilidad en la identificación de la acción punible, como una acción típica. La tipicidad, desde su carácter genérica, cumple fielmente con su fin, al dar cumplimiento al principio de legalidad penal, que establece requisitos presentados en la norma, de los cuales debería depender la responsabilidad penal sin problema alguno, de modo que se debe entender que estas circunstancias adicionales de las que depende la punibilidad formen insoslayablemente parte del tipo penal.

1.1. Niveles de imputación penal

La tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en delito. Estos niveles de imputación están ordenados sistemáticamente y constituyen la estructura del delito. Para imputar el hecho cuando se constata la presencia de las dos primeras características (tipicidad y antijuricidad) se denomina **injusto** a la conducta que las ofrece. En consecuencia, lo *injusto*, es una conducta típica y antijurídica.

Pero la presencia de lo injusto no es suficiente para imputar un delito, pues, además, resulta necesario determinar la imputación personal (culpabilidad), es decir si el

sujeto debe responder por lo injusto (sujeto culpable). En los casos que no se pueda imputar personalmente al sujeto lo injusto realizado (v. gr. inimpunable, error de prohibición inevitable, etc.), estaremos ante un *sujeto no culpable*. (Villavicencio, 2015, p.227).

Sucede también que, a pesar de que exista delito, no se pueda hallar la punibilidad (por la evidente presencia de causas que excluyen la punibilidad). Si bien no es un elemento del delito y consideramos imperante su estudio pues está íntimamente relacionado con la determinación judicial de la pena.

1.1.1. Imputación del hecho

a. Tipo.

El proceso de comprobar si una acción se ajusta a lo que la ley describe (tipo) se conoce como tipicidad. Este proceso de atribución implica dos aspectos: la atribución objetiva y subjetiva. Por lo tanto, determinar el tipo objetivo (imputación objetiva) implica identificar los aspectos de la atribución a la acción y al resultado. Sin embargo, esto no es suficiente, ya que será necesario analizar si se cumplieron las características requeridas en el aspecto subjetivo del tipo (imputación subjetiva). La falta de tipicidad será impedimento para que la conducta sea considerada como penalmente relevante. Su sola dañosidad o perturbación social no son mérito suficiente para que pueda alcanzar el carácter de injusto penal.

Es pertinente decir que el contenido de la tipicidad no ha sido nada pacífica en la doctrina penal. Desde que esta categoría fue incluida explícitamente en la teoría del delito, se ha discutido extensamente sobre su naturaleza, alcance y relación con las otras categorías del hecho punible. La tipicidad (alegada como tal), no tiene una regla uniforme para la estructuración de todos los tipos penales, ello sin desmerecer los esfuerzos teóricos de muchos estudiosos de la dogmática penal en crear diversos criterios identificatorios de los tipos penales a razón de sus diferencias estructurales y sustanciales, para saber lo que se tiene que determinar en cada caso a efectos de afirmar la tipicidad de una conducta.

La evolución de la tipicidad en la teoría del delito nos obliga – académicamente hablando a referir el trabajo de Beling, quien sienta las bases de la tipicidad dentro de la categoría del delito. (las negritas son nuestras), en palabras de García (2019):

Este autor partió de la idea de que toda figura delictiva autónoma tiene elementos de carácter externo y de carácter interno, configurando los primeros el tipo de injusto y los segundos la culpabilidad. Siguiendo este orden de ideas, Beling

concluyó que la tipicidad constituía un elemento fundamental del delito, al que se le encargaba describir la parte externa del hecho delictivo. De esta manera, la tipicidad se erigió como una categoría del delito caracterizada por ser descriptiva (al no contener ninguna valoración legal que aluda a la antijuridicidad de la actuación típica concreta) y objetiva (al excluir todos los procesos subjetivos que debían ser vistos, más bien, en sede de culpabilidad). (p.388)

Tras el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto, es posible acertar con un concepto preciso y concreto, sobre lo que se conoce como tipo subjetivo. Pues frente a la formación realizada por Beling, se debe entender como “injusto”, a una categoría objetiva; toda vez que el autor en mención refuerza su postura con las de Fischer, Hegler, Mayer y Mezger; quienes sostienen que, en la mayoría de los casos, el injusto del hecho, y no la culpabilidad, dependen directamente de la voluntad del autor. Por lo que es lógico y razonable decir que la tipicidad no es completamente objetiva. Es a partir de allí que, fue elaborada la teoría de los elementos subjetivos del injusto, propugnada por el autor.

Ahora bien, el carácter objetivo de la tipicidad tal cual formula Beling, en su día, fue finalmente abandonado cuando el finalismo trasladó el dolo (natural) y la culpa de la culpabilidad a la tipicidad, lo que lleva a tener que aceptar, como regla general una parte subjetiva en el tipo. Era lógico, desde planteamientos finalistas, que, si la tipicidad se encargaba de describir la acción constitutiva del delito, dicha descripción de la acción configuraba finalmente, debía contemplar la vertiente subjetiva de la acción. A pesar de que el concepto final de acción no terminó por imponerse, hoy en día resulta absolutamente dominante el entendimiento de que la tipicidad es una categoría que contempla una parte objetiva y otra subjetiva de la conducta penalmente relevante. Puede decirse sin ningún reparo que la configuración puramente objetiva de la tipicidad resulta hoy en día una formulación prácticamente superada. (García, 2019, p. 389)

Respecto, y para concluir con una idea fuerza sobre este cambio en el concepto de tipicidad (aspecto en el que estamos deacuerdo), la glosa de Cancio (s.f) nos dice en sus líneas que en la teoría de la imputación objetiva ha sido objeto de discusión y desarrollo, la cual se ha terminado por normativizar completamente la parte objetiva de la tipicidad. El proceso de normativización tuvo lugar con la positivización del compendio de conductas delictivas: llamados como delitos de resultado. Es por ello que, para este tipo de delitos, el juez penal no debe bajo ninguna circunstancia realizar una

simple verificación de que la conducta causó el resultado lesivo, sino que debía determinar, en base a criterios jurídico – penales, si la conducta del autor generó un riesgo penalmente prohibido y su ese riesgo es el que se realizó en el resultado acaecido. García (2019) concluye así que:

En la actualidad, esta lectura normativa del tipo objetivo ha trascendido a los delitos de resultado, alcanzando a todas las formas de tipificación de las conductas delictivas. Por ello, le asiste plena razón a Jakobs cuando sostiene que la teoría de la imputación objetiva se ocupa de determinar las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable. (p.390)

b. Antijuricidad.

Villavicencio (2015), empieza su concepto con una idea puntual, que a tenor de su texto manifiesta que:

Para que una conducta típica sea imputable, se requiere que se antijurídica, es decir, que no esté justificada. La existencia de una causa de justificación impide comprobar que la conducta típica se antijurídica. Las causas de justificación son disposiciones permisivas especiales que operan sobre cualquier forma básica del hecho punible (delito doloso o imprudente, de comisión u omisión). Las más importantes justificaciones son la legítima defensa (artículo 20, inciso 3, Código Penal), el estado de necesidad (artículo 20, inciso 4, Código Penal) y el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20, inciso 8, Código Penal). (p.228)

En la praxis actual, la **antijuricidad** se limita a una constatación negativa de la misma para validar esta circunstancia, a su vez posee características especiales, que merecen un tratamiento independiente en otro estudio o investigación. Sólo si no se presenta alguna causa de justificación, la antijuricidad de la conducta típica estará comprobada.

La antijuricidad expresada básicamente, representa una situación contradictoria entre la acción de un sujeto y lo jurídicamente establecido. Tal contradicción no contempla su sustento absoluto con la sola tipicidad conducta, sino que resulte necesario que sea evidente la existencia de un desvalor, o trasgresión de la conducta para con el ordenamiento jurídico. La categoría dogmática de la antijuricidad se encarga de sustentar y/o delinear el injusto penal. Bajo este esquema conceptual, queda claro que los conceptos penales de antijuricidad e injusto no son coincidentes en la teoría del delito.

Desde la incessante dogmática penal, García (2019), sostiene lo siguiente:

Si bien el reconocimiento de una categoría dogmática es producto de un largo proceso de discusión, puede decirse que la aparición de la antijuridicidad en la teoría del delito tiene lugar propiamente con la distinción causalista entre una parte objetiva – externa y otra parte subjetiva – interna del delito. Mientras la primera estuvo constituida por un hecho objetivamente antijurídico, la segunda estaba referida a la culpabilidad del autor. En este esquema conceptual, la antijuridicidad penal se la definió como una categoría objetiva que caracterizaba el lado externo del delito con independencia de la culpabilidad subjetiva del autor. Esta falta de referencia a lo subjetivo explica que la antijuridicidad no se quedara en el plato de una mera desobediencia de la norma. Por ello, a la antijuridicidad formal que tenía lugar cuando la conducta típica infringía la norma penal sin la cobertura de una norma permisiva, el mismo Von Liszt le sumó una antijuridicidad material referida a aquello que la hace jurídicamente desvalorada.

(p.598)

1.1.2. Relación entre tipicidad y antijuricidad

Luego de haber desentrañado estas dos categorías importantes mencionadas *líneas supra*, resultó posible que desde la doctrina algunas posturas prosperaran para dar por sentada una relación o conexidad entre ellas; la de dogmático Mezger (1957) quien, a pesar de haber delineado un análisis de distinción entre la antijuridicidad y la tipicidad, infiere que la tipicidad es la *ratio cognoscendi*, y no debe ser entendida como la *ratio essendi*, del hecho. Pues la tipicidad de una conducta se sostiene como una antijuridicidad a reserva, si y sólo si no aparezca justificada en virtud de alguna causa especial de exclusión del injusto, por lo que, de ocurrir, esta conducta no puede inferirse como antijurídica a pesar de ser típica.

En palabras de García (2019), dicha relación debe sustentarse en los elementos que cada categoría sustenta por lo que:

Mientras la tipicidad fue entendida conforme a la formulación de Beling, como una categoría descriptiva o valorativamente neutral, se contó con un margen suficiente para poder distinguirla de la antijuridicidad. El posterior descubrimiento de los elementos normativos del tipo no trajo consigo el abandono de esta distinción conceptual, pues lo que se sostuvo fue que la tipicidad mostraba solamente un indicio de antijuridicidad de la conducta (*ratio cognoscendi*), pero no la *ratio essendi* del desvalor del hecho que propiamente se determina en el ámbito de la antijuridicidad. Para graficar esta idea, se afirmó que entre la

tipicidad y la antijuridicidad había una relación similar a la que existe entre el humo y el fuego. La subjetivización del injusto penal llevada a cabo por el finalismo, tampoco disolvió la frontera entre estas categorías del delito, pues se sostuvo expresamente que quien realiza un tipo penal no obra aún de forma antijurídica, lo que solamente sucederá si es que existe una proposición permisiva que permita, en una situación especial, la realización de la conducta típica. (p.391)

En el contexto actual de la teoría del delito, se le asigna una naturaleza natural a la tipicidad, lo natural sería básicamente que la diferencia con la antijuridicidad se difumine. Sin embargo, en la doctrina penal sigue siendo una postura que mantiene hegemonía, el mantener la diferencia analítica entre las categorías de la tipicidad y la antijuridicidad. Para Roxin la tipicidad y la antijuridicidad responden a finales político-criminales distintas, pues mientras la tipicidad es estática y rígida al estar sujeta literalmente de la ley, la antijuridicidad es principista, es decir, resuelve el conflicto presentado conforme al caso concreto con base en principios jurídicos-penales.

Por lo que, a opinión nuestra, este criterio de distinción resulta relativo, pues la tipicidad la inspira también el principio de legalidad (que es el principio base del derecho penal), no obstante, es coherente decir que muchas causas de justificación se encuentran expresamente reguladas en el Código Penal, lo que implica también una relación estrecha con la ley. Pero también es innegable que la diferencia entre ley y principio jamás bastará o será determinante para diferenciar las categorías de tipicidad y de antijuridicidad. Así, que para beneplácito de una visión clara e integran del derecho penal en su dogmática que estrictamente estudiada y renovada con el pasar de los años, podemos decir que hasta la fecha no existe un criterio estricto que diferencie cualitativamente la tipicidad de la antijuridicidad, siendo la única finalidad de esta diferencia de conceptos, evidenciar los pasos lógicos del proceso global de imputación penal, así como los aspectos negativos del mismo.

1.1.3. *Imputación personal (culpabilidad)*

La imputación personal se encamina desde la óptica del Estado, respecto a los fines preventivos de la pena (se pretende un concepto de libertad, no en un sentido abstracto, sino una especial ubicación del sujeto frente al cumulo de condicionamientos), y desde otro aspecto, desde la óptica del individuo, siendo necesario apreciar la situación de desventaja que este tiene frente al estado. Por ello la imputación personal evalúa un conjunto de aspectos sobre el agente: imputabilidad (excluida por anomalía psíquica,

grave alteración de la conciencia, alteración de la percepción), probabilidad de conciencia de la antijuridicidad (excluida por situación de error de prohibición) y exigibilidad de otra conducta (excluida por una situación de miedo insuperable, obediencia jerárquica, etc).

1.2. Presupuestos que apartan la punibilidad

Sobre los presupuestos que apartan la punibilidad, afirmamos que en algunos casos el delito no es sancionable por la existencia determinadas circunstancias que pueden apartar la punibilidad (pueden ser penales o procesales). Ninguno de los casos pertenece a la imputación personal (culpabilidad). Todas vez que son parte de la teoría de la pena y su estudio debe realizarse en el momento de su determinación judicial. Pocos son los casos donde la ley requiere que se presenten las condiciones objetivas de punibilidad. Por ejemplo, tenemos el delito de libramiento indebido no procede la acción penal si el agente abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento.

1.2.1. Causas personales que excluyen la punibilidad

Vienen a ser toda causa que evitar la posibilidad de aplicar una pena desde el mismo momento de realizada la comisión delictiva, cuyos fundamentos son de índole político-crílminal, que deberán estudiarse en la parte especial del derecho penal. V. gr, delitos contra patrimonio entre parientes (artículo 208, Código Penal), así como el delito de injuria en juicio del art. 137, Código Penal).

1.2.2. Causas personales que cancelan la punibilidad

Las causas personales que eliminan la punibilidad deben estar presentes en el momento en que se comete el delito. Aquellas que la cancelan son posteriores al delito y ocurren después de que se ha cometido. Por ejemplo, el indulto (artículo 89, Código Penal) la prescripción de la pena (artículo 85, Código Penal), el desistimiento en la tentativa inacabada (artículo 18, Código Penal). La distinción entre las causas personales que excluyen o cancelan la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad es clara; las primeras están íntimamente relacionadas con los presupuestos personales especiales de los agentes, mientras que la falta o ausencia de una condición objetiva de punibilidad implica imputabilidad para todos los participantes en el delito.

1.2.3. Condiciones procesales

Hay ciertos supuestos que condicionan la persecución penal y que sólo se refieren a la posibilidad de un proceso penal. Estos son requisitos de persecución que se mencionan en el Código Penal, aunque su estudio pertenece al apartado procesal. Por

ejemplo, la acción privada del ofendido en delitos contra el honor (artículo 13, Código Penal), la acción privada en los delitos de violación de la intimidad (artículo 158, Código Penal), entre otros.

1.3. Infracciones penales: delitos y faltas

El derecho penal divide formalmente a las infracciones en delitos y faltas, bajo la clasificación bipartita. Sin embargo, también existe una clasificación tripartita que distingue entre crimen, delito y contravención. En Perú, no se hace distinción entre crimen y delito. Las diferencias entre delito y falta son principalmente cuantitativas o legales, y los intentos de establecer diferencias cualitativas no han tenido éxito. La distinción entre delito y falta se basa principalmente en la gravedad del acto cometido. Si nos vamos a la norma penal de manera puntual, Villavicencio (2015) nos dice que:

El código Penal en el artículo 440 permite afirmar que la regla es que las disposiciones de la parte general se aplican tanto a delitos como a faltas, y estas pueden ser dolosas e imprudentes (aunque estas últimas son escasas, ejemplo: faltas imprudentes contra la persona, artículo 441, tercer párrafo). Pero, de manera excepcional, precisa algunas restricciones: las faltas sólo se sancionan cuando están consumadas, - salvo en los casos de faltas de lesiones dolosas (artículo 441, primer párrafo), faltas de lesiones a menores de edad y parientes (artículo 441, segundo párrafo) y faltas de hurto, daño, hurto y ganado (artículo 441), donde se acepta la tentativa (artículo 8, Ley 27939) (pp. 230-231)

Los motivos de orden político criminal, referentes a racionalizar la respuesta penal, según el grado de perjuicio sufrido al bien jurídico, dosificando la consecuencia jurídica, según el contenido material del injusto típico, de modo que en aquellas conductas que producen un mínimo dañoso a la entidad del interés jurídico tutelado, al reputarse como “faltas”, serán sancionadas con penas que no implique la pérdida de la libertad del agente, al ser pasibles de penas limitativas de derecho, la cual resulta ajustado al principio de mínima intervención. Empero, por evidenciar ante la sociedad una inobjetable energía sancionadora, implicó en el presente caso, de que muchas conductas que antes eran catalogadas como faltas sean consideradas como delito, mayor posibilidad de recluir en prisión a más personas, lo cual puede resultar justificado, ante la descripción criminológica de nuestra sociedad, más puede tener ciertos reparos desde un marco principista. Muy al margen de esto, se puede apelar a la sistematicidad, habitualidad de la agresión física y/o psicológica para que a pesar de una valoración individual como lesión leve sea considerada como una lesión grave, tal como eliminar normativamente

que la desfiguración de la víctima sea perenne, bastando su transitoriedad, para alcanzar el calificativo jurídico de lesión grave. Generando un posible panorama sobre cuáles serán los comportamientos, que ahora serán calificados como delito, si cumplen con el estándar de necesidad y merecimiento de pena. En palabras de Peña (2019):

En el marco de las figuras “preterintencionales”, a las cuales el legislador nos tiene acostumbrado, sobre todo en el ámbito del “Derecho Penal Nuclear”, un primer plano de regulación son los delitos de lesiones, donde dependiendo de la intensidad del ataque antijurídico generado por el autor a la salud de la víctima, puede provocar un desenlace fatal más grave: - la muerte del sujeto pasivo. El tema pasa por establecer la relación de riesgo entre el desvalor más grave con la esfera de organización personal del agente, de cuyo cuño la atribución de la muerte de la víctima ha de ser sostenida bajo el factor subjetivo de culpa. Todo ello sin defecto de reconocer, que dad las circunstancias, medios y formas de cómo el agente perpetra la acción delictiva, puede ser fácilmente una tentativa de homicidio, teniendo en cuenta la peligrosidad del medio empleado. Entonces, el resultado más grave sobreviniente, la muerte del sujeto pasivo puede tomar lugar, conforme la ejecución del tipo base o como consecuencia de la perpetración de alguna de las modalidades agravantes del segundo nivel del injusto de lesiones graves. (p.340)

2. Evolución de la teoría del delito

A lo largo de la Derecho Penal se han presentado un extenso catálogo de sistemas, de manera progresiva, que definen al delito y que constituyen cada uno un modelo de análisis diferente. Estos, a su vez, han sido edificados sobre la estructura del modelo previo con la intención de superar sus deficiencias e insuficiencias legales, que como institución debe poseer. La dogmática legal penal ha desarrollado dos grandes sistemas: los sistemas teóricos antiguos o bipartitos y los sistemas teóricos modernos o tripartitos. Villavicencio (2015), nos ilustra, con una explicación de los sistemas jurídico-penales de mayor realce:

Los sistemas teóricos antiguos o bipartitos se basaban principalmente en la distinción entre sujeto (es el autor del hecho) y el objeto del delito (es el hecho cometido por el autor). Estos sistemas examinan la idoneidad del sujeto del delito (con ello, para tales sistemas se hace forzoso tomar a la teoría de la imputabilidad como base del sistema: sólo es capaz de actuar un autor imputable). El objeto del delito aparece recién en el debate sobre la causalidad del autor, y éste está

constituido por el ilícito típico. La dogmática italiana lo denominó *imputatio facti*, (imputación objetiva o del hecho) e *imputatio iuris* (imputación subjetiva o de derecho), se le imputaba al sujeto ser autor de la conducta como obra suya de la parte externa u objetiva del hecho y se le atribuía también dicha conducta por la actitud interna o subjetiva ante las normas. La antijuridicidad no es un elemento integrante del delito, sino más bien la esencia del delito, ya que viene a ser la resultante de la conjunción del elemento objetivo y subjetivo. Aún así la antijuridicidad, se presenta como una categoría entremezclada en dichos elementos y sin una función propia. (pp. 231-232)

En palabras de Carrara (1971), es posible y conducente referirnos a estos elementos como fuerzas, pues se necesita de un concurso de dichos elementos o unión de esas fuerzas para la colisión contra la ley, origine la criminosidad de la acción. El especialista en mención distingue la fuerza moral – subjetiva, del delito como una fuerza interna o fuerza activa, que viene a ser prácticamente la voluntad guiada inteligentemente por un hombre hacia un fin; y también la fuerza física subjetiva del delito, como una fuerza externa o pasiva, que está representada con la acción corporal o movimientos con las que se realiza la acción.

Los sistemas teóricos tripartitos se desarrollaron a partir de los sistemas bipartitos en la ciencia del derecho penal alemán a finales del siglo XIX. Con el tiempo, estos sistemas se perfeccionaron gracias a las contribuciones de la misma doctrina alemana, los países de Europa continental, los países de Iberoamérica y algunos países asiáticos. A diferencia del sistema anterior, los sistemas tripartitos fundamentan el delito a través de la acción. Es por ello que Muarach (1994) nos dice lo que: “En este sentido, es capaz de cometer una acción toda persona, sin consideración de su capacidad de imputabilidad; de tal modo, ésta pasa a ser un presupuesto de la acción a uno de la culpabilidad.” (p.228)

Si observamos el origen de los elementos del delito, la culpabilidad es el primero en diferenciarse a finales del siglo XVIII (existen precedentes en la Edad Media). A diferencia de la responsabilidad civil, una sanción penal clásica requería una responsabilidad subjetiva, que es la culpabilidad, configurándose como elemento general de la teoría del delito. La culpabilidad encuentra su precedente en los postulados de Merkeel. A diferencia de la responsabilidad civil, la sanción penal clásica exige precisamente responsabilidad subjetiva, agregándose el requisito de la culpabilidad. Concretándose como una categoría fundamental, fuertemente vinculada a la antijuridicidad, en la doctrina de Karl Binding, en su obra “*Las normas y sus*

infracciones”. En la obra de von Liszt y de Belding, aparece la culpabilidad como uno de los elementos esenciales del delito, con acentuadas diferencias a la antijuridicidad.

Villavicencio (2015) nos indica que la antijuridicidad se origina a consecuencia de los trabajos de Rudolf von Ihering, quien pudo desarrollar para el Derecho Civil el concepto de antijuridicidad objetiva, demostrando que la culpabilidad no juega papel alguno en ciertas infracciones jurídicas de las que se derivan consecuencias jurídicas, y con ello logra establecer la independencia de la antijuridicidad objetiva de la culpabilidad. Para posteriormente ser utilizado dicho concepto, por Franz von Liszt, para brindar sustento a su sistema de antijuridicidad objetiva – culpabilidad subjetiva; y juntamente con Beling, ambos pudieron introducir este elemento al derecho penal, tal como lo conocemos hoy en día.

Y finalizar García (2019), nos habla sobre los acentuados tintes de influencia germánica sobre nuestro sistema penal:

En los países latinoamericanos, cuyos sistemas jurídicos se encuentran influenciados por el Derecho penal español, la dogmática jurídico-penal ha seguido, en líneas generales, la teoría del delito de procedencia germánica. Si bien cabe reconocer que en España se ha generado ya una importante discusión propia, no existe aún una desconexión con los planteamientos dogmáticos aparecidos en Alemania. La razón por la cual se mantiene esta relación de dependencia puede ser el alto grado de sistematización alcanzado por la dogmática penal desarrollada por la doctrina alemana, lo que sólo garantiza su coherencia lógica y ausencia de contradicciones, sino que refuerza considerablemente el lado garantista del sistema penal. En nuestro país la situación es incluso de mayor dependencia, pues la incipiente discusión dogmática de los escritos especializados y los limitados desarrollos jurisprudenciales no ofrecen aún el mínimo de seguridad necesario para garantizar la efectiva vigencia de un Estado de Derecho. A la luz de todas estas circunstancias, se ve con claridad la necesidad de que la explicación de la evolución del método dogmático del delito deba partir de los desarrollos alcanzados en la dogmática penal alemana. (p. 312)

2.1. Teoría causalista

Los conceptos de Frank Von Liszt, analizan el derecho penal, desde la teoría del delito, partiendo de una explicación naturalística de la acción humana desde la cual se genera el delito. La acción naturalística de la acción humana desde la cual se genera el delito, entendida como el impulso de la voluntad, generadora de un movimiento corporal

que supone la acusación de un resultado. Resulta lógico decir que el delito comprende una acción ejecutada de una parte, y una acción de otra parte; así como un resultado sobrevenido.

Para que el delito pueda ser sancionado precisa de la existencia de un nexo causal o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido: “existe una relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto.”

Para Liszt, la acción humana debe ser voluntaria; pero tal voluntad se refiere únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento y el resultado material. El movimiento corporal voluntario resulta de un proceso causal ciego, en donde no interesa el sentido del fin de la acción. Es precisamente de esta parte de la teoría causalista de donde nace la mayor crítica de Zaffaroni, quien expresa la notoria diferencia entre nexo causal y nexo final, en que, en el causal de una causa sale el efecto, este a su vez es causa de un nuevo efecto y así sigue, hasta el infinito. En el nexo final, contrario sensu, se pone un determinado fin que puede hallarse muy adelante, la finalidad no se monta en la causalidad, y con ello, afirma Welzel (s.f), en su clásica expresión que “en tanto que la causalidad es ciega, la finalidad es evidente”

La omisión como parte negativa de la acción, se presenta cuando hay ausencia de la misma, o no se ha realizado movimiento corporal alguno, aquello destinado a producir un cambio en el exterior; implicando una clara infracción a una norma que prescribe el no hacer o proscribe el hacerlo. Explicar ello, es reconocer la categorización del hacer y no hacer.

2.1.1. Causalismo naturalista

La causalidad natural es el fuerte argumento, de la consecución a todo resultado esperado o no esperado, pues todo resultado es producto de una causa. Evidenciando en esta descripción, la clara existencia de a) causa, b) Nexo Causal y c) Efecto. Elementos muy importantes que sustentan este apartado. Beling (1960) con la teoría sobre el tipo, dando origen al segundo elemento del delito: La tipicidad. Brinda una valiosa aportación del causalismo a la teoría general del delito; porque la tipicidad se convierte en fundamento de la sistematización del hecho punible, y viene a ser garantía para evitar la aplicación analógica y caprichosa del derecho penal.

El autor en mención considera que el tipo, es la descripción local del delito, libre de todo carácter volitivo sobre la misma. Siendo el causalismo en un principio, parte del

delineado concepto de antijuricidad, como contrario al derecho – por así decirse -, sin embargo, es Jiménez de Asúa, corrige lo dicho estableciendo que “La persona que comete un delito no hace lo contrario a la ley, sino que, precisamente, su conducta se ajusta a lo prescrito por la ley en el tipo”.

Respecto a este concepto, nos ilustra Villavicencio (2015), al decir que:

Ante las dificultades de los autores hegelianos y de los teóricos de los imperativos para lograr proporcionar una concepción práctica del delito, se dio lugar a que rápidamente se difundiera el pensamiento positivista que dominó en Alemania desde el último tercio del siglo XIX, hasta las primeras décadas del siglo XX. El pensamiento filosófico del positivismo naturalista, que es un pensamiento mecanicista y causalista, originó el método del sistema Liszt-Beling. Este positivismo científico se traduce en dos expresiones; una de ellas es el normativismo y el otro es el naturalismo. Dicha concepción filosófica, se halla plasmada en la concepción del delito que construye este sistema. Con este sistema, se da inicio a la dogmática moderna buscando la configuración de una teoría científica del delito. En este sistema, se comienza a utilizar el método analítico del positivismo científico, donde se distingue y se identifica claramente los elementos generales del delito buscando en cada uno de ellos su base empírico-descriptivo. Sentando claras diferencias entre las características subjetivas y objetivas. Quedando claro que el causalismo naturalista debe ser identificado principalmente por su sencillez y claridad expositiva. (p.235)

Este desarrollo buscaba redirigir el sistema de derecho penal hacia una realidad que pudiera ser medida y verificada empíricamente. Los factores considerados podían ser tanto objetivos del mundo externo como procesos subjetivos y psíquicos. Por lo tanto, se propuso una división en este sistema de una teoría del delito que incluía elementos objetivos y subjetivos. Franz von Liszt adoptó el pensamiento científico de las ciencias naturales y lo adaptó para explicar el delito como un sistema de determinaciones sucesivas. Este sistema se regía por el principio objetivo-subjetivo; lo injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva. Es indiscutible que esta postura actúa como un contrapeso a las reglas y requisitos propios de la prevención especial de la escuela conformada por von Liszt.

Según Jescheck y Weigend (1944), el sistema clásico se presentaba como una estructura dual o bipolar. Por un lado, se debía asegurar un máximo de seguridad jurídica a través de la objetividad y el formalismo riguroso de los presupuestos penales; por otro

lado, se debía lograr un nivel óptimo de efectividad mediante un sistema de sanciones dirigido al delincuente. En esa línea de ideas Villavicencio (2015) aduce que “La plasmación del delito en este modelo se enfoca como un fenómeno matizado normativamente donde el delito es, sobre todo, una conducta acompañada por tres atribuciones: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad” (p.237). No obstante, no se aleja la evidente distinción clásica italiana y pone como fundamentación sistemática la distinción entre el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo: encontrando en primer lugar a la acción, al tipo y a la antijuridicidad, y en el segundo lugar a la culpabilidad.

Villavicencio (2015), agrega respecto al eje dogmático de la acción que:

Para este sistema influenciado por el positivismo naturalista, la **acción** era el movimiento corporal impulsado por la voluntad que modifica el mundo exterior, perceptible por los sentidos, relacionando ambos extremos a través de la causalidad; de ello, definían al delito como la relación de causalidad entre dicha acción y el resultado. Para von Buri, en su *teoría de la equivalencia*, dicho vínculo de la causalidad parecía excluir todos los distingos objetivos en la realización del tipo. La acción tiene una concepción natural, mecánica y valorativamente neutra. La acción, que era la base de este sistema, es el sustantivo y sus adjetivos el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad a través de los cuales se la determina. (p.236)

Esta concepción de la acción en la teoría del delito condicionaba, como consecuencia lógica, la forma de entender las distintas instituciones integrantes del concepto de delito, marcando de partida una tajante distinción entre lo objetivo y lo subjetivo y convirtiendo los elementos integrantes del delito en meros predicados del concepto de acción previamente acuñado.

La acción, como los otros elementos generales, debían estar vinculados con la norma jurídica: así pues, la acción debía encajar en la descripción que realizaban las normas penales, esto en cumplimiento del principio de legalidad. Era necesaria la presencia de una característica meramente formal del delito. Es así como no se logra describir al tipo como elemento general del delito en la otra de Beling, y se consolida el sistema Liszt Beling. En este sistema, el tipo es objetivo – descriptivo. El tipo es una descripción de la relación entre la acción (antecedente) y en un resultado, que es el cambio del mundo exterior (consecuente).

Podemos decir que la tipicidad y el tipo tienen carácter descriptivo, fuera de todo aspecto valorativo. Lo cual debe entenderse el hecho desprovisto de cualquier valoración o apreciación en sentido positivo o negativo de dicha conducta. También podemos decir

que el tipo es objetivo, por estar conformado por elementos externos al hecho previsto en la norma. Por esta consideración, Beling lo define como un elemento que no tenía ninguna connotación valorativa, y sólo contaba como una descripción del evento o suceso.

La antijuridicidad es objetiva y valorativa. Es diferenciado por ser un juicio valorativo formal en puridad, debido a que sólo era necesario constatar si la conducta era típica y que no concurre ninguna causa de justificación que por salvedad pueda apartarlo de dicho supuesto, para poder enjuiciarla desde su faceta negativa, como antijurídica. La antijuridicidad viene a ser una simple valoración del proceso causal objetivo externo. La antijuridicidad también es concebida su aspecto objetivo, como contradicción entre el hecho y la norma. Era una mera especificación valorativa de una acción típica previa. La antijuridicidad delimitaba el objeto normativo. Por ello, se tomaba la concepción de la antijuricidad objetiva de von Ihering.

La culpabilidad es el aspecto subjetivo del delito que busca precisar el contenido de la voluntad y se identifica como la relación psicológica con la conducta típica y antijurídica. Es una relación psicológica no material entre el hecho y su autor (teoría psicológica de la culpabilidad). Las formas de esa relación psicológica, es decir, las diversas intensidades de ese vínculo dan origen a las formas de la culpabilidad que son el dolo y la culpa: así en el caso del dolo, el nexo es la voluntad o incluso la intención, ya que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho (causar el resultado en los delitos de resultado); mientras que en el caso de la imprudencia resultaba más difícil hallar ese nexo psíquico, ya que el sujeto no quiere causar el resultado o, de modo más general, par los delitos de mera conducta, no quiere realizar el hecho típico pero pese a todo se ve la relación, según unos, en que quiere la acción en sí, o según otros, en que conoce o puede conocer que puede producir el hecho típico. De los elementos de la culpabilidad se identifica y constata la capacidad psíquica del autor, es decir, la capacidad de culpabilidad, que no es más que la imputabilidad. Entonces en este sistema, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad.

2.1.2. Causalismo valorativo

Se gesta por la influencia del neokantismo de la escuela sudoccidental alemana, por medio del cual surge un modelo, llamado causal valorativa, que estudia el delito en orientación a valores e ideales. Luzón (1999), agrega que la ideología neokantiana se identifica entre dos grandes ciencias: las de la naturaleza y las de los valores. Tomando

realce las ciencias del espíritu (referida únicamente a la ciencia del derecho), distinguiéndose de las ciencias naturales, tanto por su objeto como por su método. Villavicencio (2015), afirma que las ciencias naturales, cuentan como un objeto físico, mientras que las ciencias del espíritu tenían como objeto las obras y caracteres del espíritu humano, complejo y lleno de connotaciones y valoraciones que le son inherentes. El sistema causal valorativo incorporó ideas neokantianas valorativas en un sistema positivista naturalista del delito, de tal manera que lo valorativo permeaba y conectaba todos los elementos del delito. Lo injusto era objetivo, valorativo y excepcionalmente subjetivo; mientras que la culpabilidad era subjetiva, pero también valorativa.

La filosofía neokantiana buscaba reemplazar el positivismo científico por un positivismo teleológico referido a valores. Por ello, se rescata y se transforma al sistema clásico, buscando referirse a los valores presentes en cada elemento general del delito, que no ha sido tomado en cuenta en el sistema de antaño. Según Mir Puig (2004), los elementos del delito, en el sistema anterior, se presentaban de manera general, únicamente como requisitos sistemáticos. Perfilándose como un sistema normativo-valorativo, donde no había ninguna trascendencia en la diferencia existente entre los elementos subjetivos y objetivos que se entrelazaban. De esta manera, se concluye que se buscaba dirigir la realidad hacia ciertos valores trascendentales, sobre la base de los cuales, ciertos elementos generales del delito eran sistematizados desde la perspectiva de dichos valores.

Como toda teoría propugnada, ésta no estuvo desprovista de críticas, algunas de ellas destinadas a reforzar un poco más, perfilándose con fuerte sustento; según Muñoz (1996) y Bustos (1984), Gustav Radbruch fue el primero en cuestionar el concepto de acción, apoyándose en un concepto superior de acción que pudiera abarcar tanto la acción como la omisión. De esta manera, en la propuesta de Radbruch, se sustituye el concepto de acción por lo que hoy conocemos como la realización del tipo, que se convierte en el pilar del concepto de la teoría del delito.

Este sistema conserva la concepción causal de la acción, pero se aleja de la concepción naturalista descriptiva que proporcionaba exclusivamente el sistema clásico, transformándose en una acción normativa o valorativa. Esto se debe a que la definición del sistema clásico de la acción como movimiento corporal implicaba hablar de una conducta activa y no pasiva, por lo que la acción se redefine como una conducta humana externa y dependiente de la voluntad, o como una manifestación de la voluntad hacia el mundo exterior.

En relación con el tipo penal, este ya no se identifica únicamente por sus características objetivas-descriptivas, sino que comienza a incorporar elementos normativos, como los elementos subjetivos del injusto, que distinguen del dolo. De esta manera, el tipo comienza a incluir elementos valorativos en la medida en que también se identifican elementos subjetivos en él; y con ello ya no se puede afirmar que todo lo subjetivo se encuentra sólo en la culpabilidad. Por lo tanto, el tipo es descriptivo porque pertenece al ámbito objetivo; pero también es valorativo del proceso causal, ya que es la razón de ser de la antijuridicidad. Esta definición del tipo nos lleva a establecer una conexión entre tipicidad y antijuridicidad. Así, los neokantianos establecen la expresión "tipo injusto", ya que efectivamente la antijuridicidad pasaba a configurarse como un elemento verdaderamente material del delito, de modo que la tipicidad desempeñaba el papel de marco de descripción formal del juicio del injusto. Razón por lo que Villavicencio (2015), sostiene, con mucha lógica que "La tipicidad ya no viene a ser un simple indicio, sino que ya implicaba antijuridicidad". (p.239).

No se puede entender este sistema con la separación de la tipicidad y la antijuridicidad, ya que ambas están interrelacionadas: si la conducta es típica, entonces también es antijurídica. Es fácil llegar a esta conclusión, pero aún más importante es que la acción dejaba de ser el núcleo de una teoría del delito, y los neokantianos perfilaban el binomio injusto-tipicidad como el núcleo de la estructura del delito. A partir de lo anterior, se han presentado dos posiciones muy diferentes. La primera, establecida por Mezger (1957), sostiene que el tipo es el tipo de injusto, que no se basa en la acción típica y antijurídica, sino en la acción típicamente antijurídica. Por otro lado, la teoría de los elementos negativos de Frank (s.f) indica que el tipo también es tipo de injusto e implica antijuridicidad, porque sólo estamos ante un tipo completo si se incluye su faceta negativa (como la ausencia de causas de justificación).

Luzón (1999) nos dice que, respecto a la antijuridicidad, es vinculada intrínsecamente con la tipicidad, y, por ende también es objetiva - pero no en forma exclusiva, por contener elementos subjetivos - y valorativa. Dejando de ser puramente descriptiva y neutra, pasando a ser un juicio de desvalor, una apreciación/valoración negativa de lo injusto. Pues es desdeñable e insoslayable señalar esta conducta, sin sus implicancias negativas e indeseables jurídicamente hablando.

Von Liszt definió tempranamente la acción como la producción, reconducción a la voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior. Sin embargo, debido a que este tipo de concepto fracasaba en la omisión, el referido penalista alemán procedió

a modificarlo en las posteriores ediciones de su manual en los siguientes “conducta voluntaria hacia el mundo exterior, más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria. En palabras de Villavicencio (2015):

Es un juicio de contrariedad a la norma en una valoración objetiva, sin llegar a una valoración subjetiva de la norma, que a ser examinada por la culpabilidad.

Esta nueva concepción de la antijuridicidad se perfila como una antijuridicidad material, donde se define a la antijuridicidad como dañosidad social de la conducta (iniciada por von Liszt), graduándose la antijuridicidad de acuerdo a los intereses lesionados. Esto permitió el desarrollo de las causales de justificación. (p. 239)

Como puede verse, von Liszt procuró mantener un concepto de acción como sustrato empírico previo que resultase común a todos los delitos, sean activos u omisivos, incluso a costa de renunciar a la relación de causalidad y dejar la voluntariedad del comportamiento (sin contenido), como único elemento común de las diversas manifestaciones del delito. Pese al cambio que sugirieron, en esencia la visión causalista de la acción. Para esta línea de pensamiento la voluntad natural del autor de hacer o no hacer continuó siendo el elemento determinante de la acción.

La definición de acción propuesta por Mezger (1957), que se refiere al acto de hacer o no hacer de manera intencionada, es la prueba más evidente de la persistencia de una lógica causal o causalista. Sin embargo, hoy en día existen autores alemanes que mantienen su definición vinculada al concepto de acción de base causal al definirla como un comportamiento humano dirigido por la voluntad inherente. Por lo tanto, no es imprudente reconocer que el concepto causalista tiene muchas debilidades que actualmente lo hacen insostenible.

El decaimiento del sistema causal naturalista y la necesidad de incorporar esta culpabilidad normativa y los elementos subjetivos de lo injusto rompieron el esquema objetivo-subjetivo y motivaron la revisión del modelo y el desarrollo del sistema causal-subjetivo y motivaron la revisión del modelo y el desarrollo del sistema causal valorativo. Para concluir este tema, podemos decir que el sistema buscó otro tipo de diferenciación para darle un sustento al injusto y la culpabilidad y los encontró en las distintas formas de valoración. Al afirmar la presencia del injusto, se evalúa el hecho desde el punto de vista del daño social, y al constatar la culpabilidad, se lo evalúa desde el punto de vista de la reprochabilidad.

2.2. Teoría finalista

Cierto es que el sistema neoclásico del delito respondió a una metodología neokantiana, no sólo tuvo su centro de gravedad en la construcción dogmática valorativa, sino que al estar en relativa y dependiente por patrones de índole cultural, también estaba fuertemente relacionado al tiempo y espacio. El contexto socio político, resultado de las guerras mundiales, y sobre todo la invocación de arbitrarios criterios valorativos para brindar legitimidad a la dación de leyes penales expresamente autoritarias, fueron la razón para que Alemania se enrumbara en la búsqueda de tendencias jurídico-penales, que puedan coadyuvar a la creación de una teoría del delito, basada en estructuras inmutables y universales que marquen un hito, trascendiendo lo contingente del derecho positivo *per se*. Para el doctor Villavicencio (2015):

El sistema finalista cuenta entre sus precursores a Hellmuth von Weber y Alexander Graf zu Doham. Weber fue el primero en llamar la atención sobre este sistema en su obra *Grundriss des ischechoslowakischen strafrechis*. Encontró que los conceptos que se utilizaban para la descripción del comportamiento delictivo le daban al legislador dos posibilidades para comprender dicha conducta; o pueden estar constituidos en formas que determinen que una conducta causa un resultado (contenido causal), o en formas que designen que una conducta está sostenida por un querer determinado del autor (contenido finalista). (p.242)

Weber (1982), veía a la antijuridicidad y a la culpabilidad como los dos componentes esenciales de la acción sancionable; “La culpabilidad se haya en el poder, la antijuridicidad se haya en el deber. El lugar de la antinomia objetivo-subjetivo lo ocupa el deber y el poder” (p.575). La antijuridicidad de una conducta puede determinarse conforme a circunstancias objetivas como subjetivas. También considera que “la conciencia de la antijuridicidad no está contenida en el dolo” (p.576).

Welzel (tal como se citó en Villavicencio, 2015), nos habla del sistema finalista y sus bases filosóficas:

El sistema finalista se basó en dos corrientes filosóficas: el ontologismo fenomenológico y la filosofía epistemológica. El ontologismo fenomenológico, que se propugnó en las décadas de los años 30 hasta los 60 del siglo pasado, establecía que el mundo se organizaba de acuerdo con las finalidades. Welzel precisa que el uso de la palabra “ontológico”, no procedía de la Ontología (posterior) de Hartmann y tenía mucho menos que ver con la ontología de la antigua metafísica (precrítica). Además, afirmaba que el ámbito ontológico viene

a ser el concepto de la acción y sirve de base a la ciencia del Derecho Penal. Dicho concepto no es causal sino final. La filosofía epistemológica que nos lleva a una teoría del conocimiento entiende que todo fenómeno se logra explicar a través del fin por el cual se orienta. Para Welzel, las “categorías del conocimiento son también categorías del ser, es decir, que no son sólo categorías gnoseológicas, sino (de modo primario), categorías ontológicas. Esto era a lo que yo me refería principalmente con la palabra “ontológico”. (p.244)

Sobre estas bases, el autor antes citado refiere al concepto causal de la acción, pues él, la acción humana, resulta ser la actividad final. Por lo que podrías decir que viene a ser un acontecer final y no una mera causa. Para él, la acción viene a ser el eje central de la teoría del delito, viéndolo desde una óptica ontológica, conforme a su fin. Por lo que tal como afirma Muñoz y García (2002), “La acción que sirve de base al tipo no es ese proceso causal ‘ciego’ del sistema anterior, sino uno ‘vidente’ generado o la finalidad” (p.219).

Welzel (1964) adopta una definición tripartita del delito, al sostener que: “La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten a la acción en un delito” (p.43). En este sistema se abandona la distinción clásica entre el carácter objetivo del ilícito y la naturaleza subjetiva de la culpabilidad. Lo importante, para los finalistas, es la distinción entre objeto de valoración, es decir, el tipo del injusto; y el juicio de valoración, la culpabilidad.

Según Villavicencio (2015), lo injusto se compone de un tipo autónomo de la antijuridicidad, guiado por el criterio dualista de la norma. Este sistema se basa en la función de motivación u orientación del comportamiento humano. De esta manera, si la norma es prohibitiva, podemos encontrar en el delito el carácter doloso; y si la norma es de cuidado, el delito es culposo. El tipo tiene un carácter objetivo, descriptivo y valorativo con relación al proceso casual, y un carácter subjetivo donde se ubican específicamente el dolo y la culpa. Tanto el dolo como la culpa, en el sistema causalista anterior, eran elementos de la culpabilidad, pero en este sistema pasan al ámbito del tipo de lo injusto. La culpabilidad sólo se queda con un elemento del dolo: el conocimiento de la ilicitud. A partir del concepto de la acción finalista que proporciona la base óntica de la doctrina de lo injusto, el dolo es componente del injusto

2.3. Teoría funcionalista

Roxin (1999) describe un nuevo sistema, conocido como racional-final o funcional, para una teoría del delito que comenzó a desarrollarse en la década de 1970.

Este sistema se aleja de los postulados finalistas, argumentando que el Derecho Penal no puede estar ontológicamente ligado a realidades previas como la acción, la causalidad o las estructuras lógicas-reales. En cambio, sostiene que el Derecho Penal sólo puede guiarse por sus propias finalidades o el objetivo último que sustenta.

Los postulados funcionalistas no buscan cambiar la teoría del delito, sino complementar sus elementos para mejorar su capacidad explicativa en relación con la realidad. Según Villavicencio (2015), este sistema se basa en la sociología sistémica de Parsons y Luhmann. En términos metodológicos, este sistema se inclina hacia el idealismo neokantiano, ya que la construcción de los elementos generales del delito también implica establecer los fines de la pena. Roxin asigna a la pena una función de integración, mientras que Jakobs le asigna una función de prevención general positiva. Aunque la corriente funcionalista alemana se mantiene al margen del pensamiento de Welzel, reconocen que él fue su punto de partida. Roxin afirma que su teoría es un desarrollo del método sintético neoclásico-finalista y Jakobs defiende su postura a partir del funcionalismo ético del finalismo.

2.3.1. Funcionalismo mesurado

Roxin, en su obra "*Política Criminal y sistema del Derecho Penal*", desarrolla una teoría del delito basada en la función político-criminal del Derecho Penal, reemplazando la orientación neokantiana por un enfoque técnico jurídico-penal. Así, establece las bases de la teoría moderna de los fines de la pena.

Cierto es, que las objeciones de las decisiones político-criminales del legislador, desatienden las garantías del Estado de Derecho, generando un severo grado de arbitrariedad del legislador. Es por ello Roxin, de manera firme y tajante aduce que una política criminal forjadora de un sistema tiene que acoger los derechos y libertades reconocidos en el fuero internacional. Llegando así a consideraciones de un moderno sistema del Derecho Penal, estructurado y construido sobre finalidades valorativas; pues las finalidades rectoras de un sistema del Derecho Penal, sólo pueden ser de tipo político-criminal, debido a que los elementos generales de una teoría del delito tienen el norte claro hacia los fines del Derecho Penal, por lo que resulta lógico penar que estos elementos se presentan como instrumentos de valoración político-criminal.

Villavicencio (2015), nos dice que Roxin:

(...) al referirse a la acción, considera que no se debe partir por algo empíricamente preexistente (causalidad, conducta voluntaria o finalidad), sino de una identidad del aspecto valorativo. Así, un sujeto habrá actuado si determinados

efectos procedente es o no del mismo se le pueden atribuir a él, como persona, o sea como centro espiritual de la acción, por lo que se puede hablar de un “hacer” o “dejar de hacer” y con ello, de una manifestación de la personalidad”. Para Roxin, tras esta categoría, se encuentra un fin político-criminal: “con independencia de su apariencia externa y de las consecuencias causales de la presencia humana, al valorar algo como no-acción queda excluido todo lo que de antemano no es encuadrable en las categorías de lo jurídicamente permitido o prohibido”.

Roxin describe el "tipo" como la manifestación técnica del principio de legalidad en su obra. Según Roxin, el tipo permite evaluar una acción desde la perspectiva de la necesidad abstracta de la pena, es decir, sin tener en cuenta al individuo específico o la situación específica de la acción. El objetivo político-criminal de este elemento es la prevención general, ya que se centra en una conducta específica en el tipo penal, con el objetivo de motivar al individuo a evitar la conducta descrita en el mismo. Además de la prevención general, el principio de culpabilidad también es necesario para reforzar el concepto de tipo. Roxin argumenta que éste no puede estar asociado con la prevención especial, ya que esta última se enfoca en un delincuente específico. Por lo tanto, la necesidad abstracta de la pena desde la perspectiva de la prevención general y el principio de culpabilidad son los criterios político-criminales. Así mismo, la teoría de la imputación al tipo objetivo. Establece que en los sistemas anteriores el contenido del tipo quedaba reducido a una simple causalidad. Por ello, la posición de Roxin busca depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma. Sustituyéndose por vez primera, la categoría científico natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas. Roxin considera que la antijuridicidad no es una categoría especial del Derecho Penal, sino del Derecho en general.

Por lo que podemos decir que existen conductas que pueden ser antijurídicas para el Derecho Civil o el Derecho Público, y no obstante ser irrelevantes a efectos penales; y las causas de justificación también proceden de todos los campos del Derecho, lo que no deja de ser importante para los criterios rectores del injusto. Es por ello, que, según el autor antes mencionado, resulta mejor hablar de injusto que de antijuridicidad.

Otro elemento, que no debe dejar de ser tomado en cuenta, es la culpabilidad, pero nos plantea un concepto renovado; pues se amplía el elemento de culpabilidad por el de responsabilidad, en el sentido que la culpabilidad como condición ineludible de toda

pena, se le debe añadir la necesidad preventiva, propia de la sanción penal, de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la responsabilidad personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena. Así la culpabilidad y la necesidad preventiva se presentan como condiciones ciertamente necesarias, pero por sí solas no suficientes de la pena.

En el marco de la responsabilidad, la culpabilidad se destaca como uno de sus elementos más cruciales. Sin embargo, a esto se debe sumar una necesidad preventiva de sanción o penalización. La responsabilidad es el único concepto donde encontramos la prevención especial, ya que no se aplica al acto en sí, sino al infractor en cuestión.

2.3.2. Funcionalismo extremo

Este planteamiento funcionalista de la teoría del delito plantea que las diferentes categorías se observan desde el punto de vista de su funcionalidad para el sistema social de convivencia. En la obra de Jakobs, se presenta una visión puramente tecnocrática del Derecho Penal y de la teoría del delito, en la que el carácter conflictivo de la convivencia social queda convertido en un problema que tiene que ser reducido y resuelto en las categorías jurídicas, de forma puramente funcional. El autor, invierte la teoría, aquella de fuerte influencia de Welzel, al establecer que elementos como causalidad, finalidad, acción, etc, no tienen contenido prejudicio que se vinculan como conceptos jurídicos que puedan vincularse como conceptos jurídicos penales, sino que sólo se pueden establecer según los requerimientos de la regulación jurídica.

Por esta razón, muchos expertos en dogmática sostienen que la perspectiva de Jakobs lleva a un renacimiento de la teoría de la construcción de conceptos neokantianos, que es una imposición más radical que la de Roxin, buscando una normativización de la dogmática. Según Günther (2000), la singularidad de su metodología, al proponer dicha propuesta jurídico-penal, se fundamenta en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann. Comprende el funcionalismo jurídico-penal como aquella teoría donde el Derecho Penal se dirige a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. Villavicencio (2015), centra su idea al decirnos lo siguiente:

El derecho penal se dirige a restablecer “en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma”. El delito se constituye como una comunicación defectuosa, imputándose este defecto al autor como culpa suya. Para Jakobs, la sociedad es una construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como

está configurado en el caso concreto (de no ser así, no se trataría de una construcción). Puesto que se trata de la configuración, y no de la constatación de un estado, la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de las normas, y no por determinados estados o bienes. (p.253)

Günter (2000) defiende la idea de que la persona es el destino o fin de toda expectativa normativa, la titular de deberes y en cuanto titular de derecho, dirige tales expectativas a otras personas; la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción de la sociedad. Por lo que taxativamente afirma “la persona es algo distinto de un ser humano, un individuo; éste es el resultado de procesos naturales, aquella un producto social” (Günter, 2000, pp. 19-20).

En este escenario de comunicación normativa, existen dos categorías de normas. Una parte de las normas proviene del mundo racional, donde en la era moderna se produce una comunicación de entendimiento común que no requiere de una estabilización especial: esta parte de las normas está suficientemente asegurada por vía cognitiva; quien no la acepte, puede ser comprendido en algunas sociedades parciales, pero sólo allí. Otra parte de las normas carece totalmente de tal capacidad inherente para auto estabilizarse, específicamente todas aquellas normas que, de acuerdo con la concepción de la sociedad, no pueden representarse como dadas previamente, es decir, que no pueden representarse como leyes reveladas, sino sólo como normas establecidas, aunque establecidas por buenas razones.

Günter (2000), comprende la teoría de la acción como un componente de la teoría de la imputación, sosteniendo que el contenido del concepto no se deriva de la naturaleza, como afirmaba Liszt, y mucho menos de la ontología, como solía argumentar Welzel. Un concepto de acción debe estructurarse dentro de la sociedad; ya que, en el contexto del concepto de acción, lo crucial es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la misma medida en que esté vinculada con el derecho penal.

3. Elementos del delito

3.1. La acción

La acción no es sólo un concepto que ha estado presente desde un inicio en la discusión dogmática sobre la teoría del delito, sino que también ha sido utilizado, por distintas ciencias humanas y naturales. Esto último puede ser la explicación de la influencia que conceptos procedentes de otros ámbitos del conocimiento han tenido una

definición que la dogmática jurídico-penal hace de la acción. Pero con independencia de esta posible interrelación científica.

3.1.1. Concepto de la acción

La imputación de un delito se estructura a partir de la acción. Consideramos que no se debe abandonar el estudio de la acción, ya que, aunque se debe admitir que los elementos de la dogmática jurídico penal sólo se relacionan con el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad, es necesario un concepto de acción al que se puedan incorporar estos elementos como atributos, y esto no sólo por razones de construcción gramatical. Sin embargo, en la evolución del Derecho Penal, su concepto ha generado un intenso debate.

Puede decirse que, a lo largo de la historia de la dogmática penal, la conceptualización de la acción ha girado fundamentalmente entorno a dos modelos de interpretación. Por un lado, la acción ha sido definida como la base material sobre la cual los predicados que configuran el hecho punible, de manera tal que no es posible afirmar la realización de un delito sin una base real que sería la acción. La otra línea de interpretación ha procurado, por el contrario, exigir en la definición misma de la acción una referencia a criterios jurídicos-penales, lo que significa conceptualizarla necesariamente desde el punto de vista del Derecho Penal.

El modelo conceptual de una acción previa al derecho penal tiene su antecedente, en delito concebido como un fenómeno delictivo provocado por una acción humana, por lo que se hacían necesarias en la comisión de ésta, la corporalidad y la voluntariedad de la puesta de la causa. No obstante, dicho concepto no desarrolló criterios alguno, sino que fue la propuesta metodológica del causalismo, la que condujo a la acción como una categoría autónoma del delito, desempeñando el rol de fijar su base empírica.

Para von Liszt (s.f), la definición temprana de acción se torna como “La producción, reconducible a la voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior” (p.128). No obstante, debido a que este concepto fracasaba en la omisión, el referido penalista alemán procedió a modificarlo en futuras versiones de su manual, prescribiendo literalmente como la “conducta voluntaria hacia el mundo exterior, más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria.

El predicado penal conformaría la misma base material. Al interior de ambos modelos de interpretación, pueden encontrarse, a su vez distintas variantes en función del punto de partida asumido, por lo que conviene exponerlas brevemente antes de tomar una posición al respecto. Villavicencio (2015) sostiene que la acción “es un concepto jurídico

o normativo, pues el Derecho Penal lo obtiene a través de un procedimiento constructivo donde se realiza una abstracción de lo que existe en la realidad” (p.262). Lo que sí podemos tener en cuenta es que la valoración de este elemento puede variar según los criterios adoptados por las diferentes legislaciones, pero es determinante que la acción cuente con requisitos y las funciones que requiera toda teoría moderna de la imputación del delito.

Para Velásquez (2002) el Código Penal nacional no ofrece un concepto de conducta claro, muy por el contrario, utiliza una terminología variada. La doctrina penal hace uso de una serie de términos que van a identificarla. Es por ello que el legislador no se decidió por elaborar un concepto jurídico penal de acción. Así en el lenguaje jurídico-penal se utilizan algunos sinónimos como “acciones u omisiones”, “hecho”, “acto”, “conducta” y “comportamiento”.

Pese a ello, poco nos aclara la identificación de uno de esos términos, por lo que es preferible tenerlos como sinónimos. Pues en la constitución de 1993, se utilizan los términos de acto u omisión, tal como se hace referencia a la letra del artículo 2, número 24, inciso d. A partir de las características del hombre, visto como un ser social y comunicativo, es posible y menester formular un concepto de acción.

Según Habermas (1990):

La acción comunicativa se basa en un proceso cooperativo de interpretación en que los participantes se refieren simultáneamente a algo en el mundo objetivo, en el mundo social y en el mundo subjetivo aun cuando en su manifestación sólo subraya temáticamente uno de estos tres componentes. (p.171)

Para el autor antes mencionado, la relación pragmática se da con algo en el mundo objetivo, con algo en el mundo social o con algo en el mundo subjetivo. Según García (2019) antes que una conducta sea propiamente individualizada, la conducta humana debe ser estructurada como una actividad consciente del medio y de sus condiciones orientada hacia la interrelación social. Uno de los rasgos esenciales de la conducta humana, es su dirigibilidad, dentro de la práctica social. Esto último, significa que, toda acción está inserta dentro de un proceso de comunicación, por lo que una persona transmite información a otra persona (sin importar el rol que desempeñen), constituyendo elementos trascendentales para su accionar. Siendo lógico decir que la conducta humana, es una actividad relacionada hacia un proceso de comunicación, aceptando que ésta es una acción consciente y voluntaria.

García (2019) sostiene que:

(...) dicha voluntad debe entenderse en el sentido que el individuo se inserta conscientemente a un objeto de referencia en un proceso de comunicación. No es posible configurar a la voluntad sin un objeto de referencia, pues si no estaríamos ante una conducta meramente impulsiva irrelevante en el aspecto social. (p.254)

En palabras de Tavares (2003) la voluntad es inseparable de la acción, lo opuesto implicaría reducir la conducta a un mero proceso causal. Por lo tanto, la acción es cualquier comportamiento conscientemente dirigido hacia un objeto de referencia específico, y representado en el ámbito de la realidad humana pragmática. En el caso de los delitos intencionales, los procesos de comunicación en los que el autor desea alcanzar un objeto de referencia dirigen su actividad hacia este objeto y proyectan una pretensión de validez para su actividad en relación con el otro. A pesar de ser delictiva, sigue siendo una actividad racional, ya que se inserta en una práctica social, consciente y voluntaria.

3.1.2. Problemática de la acción

a. Concepto causal de la acción.

Desde el concepto causal de la acción, el modelo conceptual de acción existe previamente al Derecho Penal, esta tiene sus antecedentes, en una definición consistente que merienda al delito, como un fenómeno delictivo provocado por una acción humana, idea necesaria para plasmar o delinear el concepto de comisión delito, el cual une la corporalidad y la voluntariedad de la puesta de la causa. Sin embargo, la mayoría de los autores, no se inclinaron por desarrollar una definición que partiera de la mera afirmación general, sino que, fue propiamente con la propuesta metodológica del causalismo que la acción se erigió como una categoría autónoma del delito, encargada de establecer su base empírico-fáctica.

Villavicencio (2015) atribuye a Franz von Liszt, a finales del siglo XIX, la fundamentación del concepto causal de acción bajo la influencia del positivismo científico. Para este teórico, el acto de comisión implica causar o, en otras palabras, provocar un resultado. Además, sostiene que la voluntad se manifiesta como un movimiento corporal voluntario y que el resultado debe ser causado por dicho movimiento, estableciendo una relación lógica de causa y efecto entre el movimiento corporal y el resultado. Este razonamiento también se aplica a la omisión, pero en sentido contrario, es decir, al no realizar un movimiento corporal.

b. Concepto final de la acción.

Cierto es que el finalismo no renunció a una comprensión de la acción previa, sobre la cual se delinearon posteriormente las demás categorías dogmáticas del delito, su concepto de acción recuperó una visión supraempírica de la acción. En efecto lo planteado por el jurista Welzel, la acción constituía a diferencia de los procesos causales prácticos, una expresión que representa el fin ultimo o razón de ser del ser humano, el cual es dirigido a la secuencia de determinados objetivos propuestos. Con base en esta idea se criticó la explicación causalista de la acción que la entendía como un acto voluntario de contenido indiferente, pues la causalidad no era capaz de expresar sentido por sí misma. La acción no es, de ninguna manera, un simple vínculo causal de una expresión de la voluntad con un resultado lesivo. Sino un fin propuesto por el sujeto de esta. Welzel (como se citó en García, 2019):

El hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse, por ello, objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos. Actividad final es una producción consciente de efectos partiendo de un objetivo. (p.354)

Como todo concepto formulado, el finalismo también tuvo sus críticas. Al igual que el naturalismo de acción, se le criticó por no ser suficiente para agrupar conceptualmente las diversas manifestaciones del delito. En particular, el concepto final de acción no se ajustaba a los delitos omisivos, ya que la actuación dirigida a un fin implicaba claramente una conducta activa. El autor citado anteriormente no pudo hacer mucho al respecto, ya que la capacidad de actuar en los delitos omisivos resultaba indefendible frente a tal objeción, dado que la capacidad de actuar es diferente a la acción en sí. Por lo tanto, reconocidos finalistas como *Stratenwerth* y *Kaufman* no consideraron el concepto final de la acción como una categoría autónoma del delito.

Sin embargo, la crítica a la insuficiencia del concepto final de la acción para abarcar las diversas manifestaciones del delito no se limitó sólo a la omisión. Dado que la finalidad se consideraba el elemento central del concepto de acción, lo subjetivo también pasó a formar parte de dicho concepto, de manera que el concepto de acción no sólo incluiría la acción y la omisión, sino también el dolo y la culpa. Específicamente, en relación con esto último, se cuestionó su referencia fundamental al dolo directo, dejando al menos de lado la actuación culposa.

c. Concepto social de acción

El decaimiento social de la comprensión finalista de la acción viró cualitativa y necesariamente a la llamada teoría social de la acción. La génesis de esta teoría a ciencia

cierta data a mucho antes a la teoría final de la acción, pero sólo en las últimas décadas ha adquirido una mayor connotación. Pues el complemento conceptual de diversos estudiosos, conducían a un entendimiento cabal de la acción, en monedas de relevancia social; postulados atribuidos por autores como Maihofer, Jescheck, etc.

En palabras de García (2019), tienen en común de las definiciones de acción acabadas de reproducir, si dificultad para encontrar una unidad de pensamiento. Siendo casi imposible someterla a una crítica común y única. Aunque se podría argumentar que el concepto social de acción aún se mantiene dentro del modelo conceptual de una acción previa al Derecho Penal, no proporciona parámetros claros que permitan diferenciarlo de otras categorías del delito. De hecho, las fronteras entre lo social y lo jurídico se desdibujan en los casos en los que es la propia regulación penal la que otorga la relevancia social a los hechos. Por lo tanto, podríamos decir que en este caso el concepto de acción no sería previo al Derecho penal, sino que estaría definido por el propio Derecho Penal.

d. Concepto negativo de acción

El concepto negativo de acción no se ubica al margen de la lógica de la realización típica. Lo que concretamente hace invertir la deducción lógica con la que se logró definir la acción en el Derecho Penal, es decir, no a partir de la acción para luego abarcar la omisión, sino que define la acción jurídico-penal, desde el punto de vista del delito omisivo, consiguiendo así una formulación que englobe también a la conducta activa. Con base en este razonamiento establece que en el actuar activo y en el omisivo el autor no evita algo que es inevitable. Sin embargo, para que este concepto no sea ilimitado se requiere la fijación de un límite, recurriendo para ello a la posición de garantía o a la situación típica.

Para Villavicencio (2015), es relevante mencionar que una inicial definición de este concepto se atribuye a Kahrs, quien manifiesta que al autor se le debe imputar un resultado si no lo ha evitado, pudiendo y conociendo de la posibilidad de evitarlo tal como el Derecho se lo exigía. Es allí donde se ve, dentro de la evitabilidad un principio de imputación propio del tipo.

e. Concepto funcional de la acción

Para Jackobs (1995), el concepto de acción es “la causación de un resultado individualmente evitable” (p.174). Entiende a la acción, como una causación imputable, la misma que incluye a la antijuridicidad y a la culpabilidad. Siendo esta una de las razones por las que García, reafirma su postura dado que éste entiende que el concepto

jurídico penal de acción puede configurarse sólo si se tiene en cuenta el significado global del delito.

Para García (2019) el concepto de acción de Jackobs engloba tanto el actuar doloso como un imprudente. También la omisión presupone la evitabilidad, aunque de manera inversa a la que presenta la acción. Se menciona que en la comisión se presenta una concurrencia de impulsos conscientes o inconscientes, que conducen a la formación de un motivo para el movimiento corporal causando así un resultado; en la omisión se produce un suceso que no se habría producido si el autor se hubiera motivado a impedirlo y hubiese realizado movimientos corporales necesarios para ello.

3.2. Tipicidad

3.2.1. Teoría del tipo

El tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador, propia del contenido o materia de la norma. Resultando ser una figura conceptual en puridad. Es así como, el tipo es un instrumento legal, pues pertenece al texto de la ley. Y trascendentalmente necesario en cuanto a su teoría, pues permite entender el poder penal porque sin el tipo no se podría delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el derecho penal. Según Binder (2004), para la moderna teoría de la imputación, el tipo debe contener en principio, todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Por lo que debe describirse de manera minuciosa y exhaustiva la materia de prohibición. Por ello, el tipo viene a ser la más valiosa consecuencia del principio de legalidad. Es debido a ello que sostiene que: “el tipo es un concepto límite de enorme trascendencia para fortalecer el principio de legalidad que se ha convertido en uno de los instrumentos más útiles de la dogmática penal” (p.133).

La tipicidad es el resultado de comprobar si la conducta y lo descrito en el tipo coinciden. Este proceso de verificación se llama juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación en el que el intérprete, basándose en el bien jurídico protegido, determinará si un hecho específico puede atribuirse a lo contenido en el tipo penal. Si después de terminar este proceso se determina que el hecho se ajusta a los caracteres abstractos del tipo, existe adecuación típica, de lo contrario, se negaría. Por lo tanto, la tipicidad es el resultado afirmativo del juicio de tipicidad. Es así, que el juicio de tipicidad no resulta ser un mero proceso formalista sino valorativo, donde participa un juicio elaborado sobre el tipo, a esto le llamamos actos valorativos encaminados a la traducción de una

prohibición. Ante esto, podemos decir que típica es la conducta que presenta como característica única a la tipicidad, y atípica en su acepción negativa – no la presenta.

No todo tipo legal describe de manera precisa y concreta la diversidad de características de la conducta prohibida. Se trata de tipos abiertos en los que la ley describe sólo una parte de los caracteres y delega a la jurisprudencia la labor de completarlos en aras de generar un concepto basto. Tal es el caso de los delitos imprudentes o los delitos de omisión impropia, verbigracia.

3.2.2. Funciones del tipo

En esencia cumple con una función indiciaria, ello presupone, que la realización del tipo legal es la - *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad. Debe ser tomado con un conocimiento provisional que será completado cuando se determine la antijuridicidad. También cumple una función fundamentadora, ya que la tipicidad es el fundamento del delito, propiamente dicho. A pesar de que se señala a la acción como la base de la teoría del delito, en la que actúan los elementos del delito. Sin la tipicidad, la acción sería sólo una mera conducta no calificada puniblemente por el legislador, no siendo merecedora de una sanción penal.

El correcto análisis de una conducta determinada será siempre y en todos los casos adecuado y correcto, si se analizar *prima facie* desde la tipicidad, siendo éste [por lo tanto], el punto de inicio del examen judicial referente a un caso en concreto, en consonancia de una seguridad jurídica sustentada. Le es inherente, además, la función seleccionadora, pues la tipicidad identifica las conductas que son relevantes penalmente. Debido a esto, el legislador va a escoger entre todas las posibles conductas antijurídicas, las que sean causen afectación a bienes jurídicos protegidos. Ratificando el contenido del principio de mínima intervención del Derecho Penal.

La función garantizadora de la tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad. Y desde el plano de la política-criminal según García (2019):

(...) la función es una garantía, en la medida que la tipicidad se encargaría de definir la conducta penalmente sancionada. Lo que esta función hace es vincular la determinación de la conducta delictiva y la pena a imponer con el principio de legalidad. A la función sistemática le corresponde, por su parte, establecer el conjunto de elementos que permiten saber de que delito típicamente se trata. (p. 393)

Es por ello, por lo que el tipo legal permite, al ciudadano un conocimiento seguro, preciso y claro del límite entre la conducta sancionada y la atípica, cumpliendo de este

modo su función de garantía. También encontramos a la función sistematizadora, a la cual le corresponde, establecer el conjunto de elementos que permiten saber de qué delito típicamente va a tratarse, es así como resultado lógico inferir que la tipicidad no sólo permite delimitar la conducta (permitida o prohibida) sino diferenciar las diversas conductas, a razón de su respectiva consecuencia.

3.2.3. *Evolución del tipo penal*

a. Etapa de la independencia del tipo.

Para Ernst von Beling decía el tipo tiene un carácter eminentemente descriptivo, por la sola consigna de su concepto; desprovisto de todo vínculo o conexión con la conducta o con la antijuridicidad. Afirma de manera tajante que el tipo es la descripción fiel del delito, que señala de manera detallada sus elementos constitutivos conforme a cada clase del delito sin hacer ninguna valoración o juicio ante ello.

b. Etapa indiciaria.

Karl Binding criticó sistemáticamente la teoría de Beling, y dice que la tipicidad realiza una función indiciaria – he ahí la denominación de esta etapa –, respecto a la antijuridicidad: siendo la consigna que la tipicidad de una conducta es indicio de antijuridicidad. Hasta estas etapas se explicaba y se entendía que el tipo era sólo un esquema rector del delito, que estaba en el exterior y no era considerado como elemento. Un acto era típico y antijurídico.

c. Etapa de la *ratio essendi*.

Mezger critica esta concepción, dice que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad, el acto debe encajar en el tipo (marco externo del delito), por eso un acto ya no es típico y antijurídico sino es típicamente antijurídico. Modernamente se entiende por tipo penal al elemento inseparable y previo a la antijuridicidad que tiene como función la garantía de legalidad.

d. El tipo en la teoría finalista de la acción.

Un razonamiento totalmente opuesto al mantenido por Ernst von Beling, y a la concepción hegémónica de la doctrina, es defendido por los representantes de la teoría finalista de la acción, aquella desarrollada en acápitos anteriores líneas *supra*.

En palabras de Zaffaroni et al (2005), sostiene que la aseveración de que la acción se caracteriza, fundamentalmente, por estar orientada hacia un fin determinado, considerando a la intención como un elemento de la acción y, por ende, del tipo. Debido a ello, los finalistas hacen un distingo particular, de un lado, una parte objetiva del tipo

únicamente referida a la acción, resultado, sujetos activo y pasivo, y demás; del otro, una parte subjetiva referida al dolo, tendencias, etc.

3.2.4. *Tipo y antijuricidad*

Cuando se realiza la conducta descrita en el tipo de una norma prohibitiva, v.gr. homicidio; se afirma de aquella que es anti normativa, debido a que la conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. Si bien toda relación del tipo es anti normativa, no siempre es antijurídica, pues no sólo existen normas sino también preceptos permisivos que van [en algunos casos], a justificar la conducta típica. Por lo cual según Villavicencio (2015), podemos concluir que la antijuridicidad es la contradicción de una relación típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

De esta forma, la tipicidad es sólo un indicio o llamado *ratio cognoscendi*. Una presunción de la antijuridicidad de la conducta del hombre. Aquel que comisiona el tipo penal, viola una norma, el embargo esto no significa que su conducta pueda tomarse como antijurídica. La antijuridicidad de la conducta típica se deduce articulando de manera adecuada, las normas prohibitivas y preceptos permisivos. Pudiendo inferir así que el tipo y la antijuridicidad, son categorías independientes de la teoría de la imputación. El tipo desempeña una función indiciaria de la antijuridicidad, pero no se identifica con ella conforme a lo antes dicho.

3.2.5. *Formación del tipo*

En palabras de García (2019), el proceso de formación del tipo que sigue el legislador se sustenta en tres aspectos bien definidos; bien jurídico, norma y el tipo. El juez y el intérprete recorren el proceso en sentido inverso (tipo, norma y bien). Para que la norma penal cumpla con su función protectora (baluarte) de bienes jurídicos, se realiza la tipificación de ciertas conductas que lesionen, pongan en peligro o riesgo a las mismas. Así, el bien jurídico constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos. Por lo que el bien jurídico viene o a constituir el núcleo material de toda norma de conducta y de todo tipo construido sobre ella. La interpretación de la ley penal y su mismo conocimiento del mismo, sin la dirección y baluarte que le brinda la significación de bien jurídico, es a todas luces; imposible.

3.2.6. *Tipicidad objetiva*

Dado que el Derecho penal, aplica la sanción a la conducta de una persona que afecta a otra, el tipo “penal” debe precisar necesariamente quienes son los sujetos del delito, a esto le llamamos individualización de los agentes. El que realiza la conducta típica, resulta ser el sujeto activo del delito. Quien, en caso de varios intervenientes, está

en la facultad de responder como autor o partícipe, según la dirección y relevancia de su aporte en la comisión del delito.

A la persona sobre la que recae la lesividad de la conducta típica se le conoce por su parte, como sujeto pasivo del delito. De lo cual, podemos entender en términos sustantivos, que es la mejor manera o por lo menos la más efectiva de titular la realidad material o inmaterial que representa el bien jurídico, mientras que en el aspecto procesal ubicamos a esta parte como víctima del delito. A modo de inferencia, podemos decir que según que esta formulación típica, el sujeto pasivo puede estar determinado por el tipo penal. Por otro es más que probable que la conducta típica afecta el bien jurídico protegido de una persona o de un número indeterminado (colectividad).

En opinión basada de Villavicencio (2015), El componente esencial del delito, sin lugar a duda, es la conducta típica, que se especifica y se tipifica en el código penal, estableciendo la forma de actuar desglosada en: verbo rector, el cual infringe la ley penal. Esto se suma a la idea inicial de que la conducta podría estar formada por acciones en sí mismas - acciones activas; por lo tanto, las omisiones solo podrían ser sancionadas si coinciden con alguno de los fundamentos especiales establecidos por la norma suprema, como la constitución o la norma especial, así como en el ámbito privado, por ejemplo, en el contrato.

Cierto es que, en varias legislaciones penales, existe una regla general, aquella que establecía presupuestos para castigar la omisión como una comisión. Esto daba respuesta a la lógica nata de los tipos penales de parte especial, en el que sólo se eran punibles las conductas activas. A esta cláusula general, se le atribuía una naturaleza constitutiva, trayendo como consecuencia una ampliación de lo punible. Actualmente esta concepción, fue desterrada, cobrando hegemonía aquella que sostiene que la conducta descrita y definida en el tipo penal - salvo los supuestos excepcionales que limitan la actuación comisiva.

a. Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo.

a.1. Sujetos del delito. Es la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica. Solamente una persona individual puede cometer delitos. Aun en los casos de asociación criminal, las penas recaen solo en sus miembros integrantes. Solo en la persona individual se da la unidad de voluntad y el principio de individualidad de la pena. En opinión del doctor Almanza (2010) toda persona individual con capacidad penal de realizar la conducta.

Es necesario agregar que, los artículos gramaticales “el”, “los “la”, nos conducen a deducir que el sujeto activo puede ser cualquiera, lo que nos lleva a los llamados delitos impropios, porque son realizados por cualquier persona. Por otro lado, existen delitos que cometan determinadas personas como, en el caso del funcionario público.

a.2. La conducta. El principal elemento objetivo del tipo penal es sin lugar a duda, la conducta típica, la que establece concretamente la forma de adecuación – verbo rector, que lesiona la norma penal. En primer momento se comprendió que la conducta mencionada, solamente podría castigar o sancionar si acontecía un fundamento especial establecido en la ley o en un contrato. En efecto el que, en muchas legislaciones penales, se haya incorporado una regla general que establecía presupuestos para castigar la omisión como una comisión, respondía a la lógica de que los tipos penales de la parte especial únicamente castigaban conductas activas. De este modo, a esta cláusula general se le asignaba, por lo tanto, una naturaleza constitutiva, configurándose una ampliación de lo punible.

Actualmente, esta comprensión se encuentra abandonada, siendo la posición dominante aquella que sostiene que la conducta definida en el tipo penal – salvo los supuestos de clara limitación a una actuación comisiva –, tratan también a las acciones como las omisiones. En armonía con la naturaleza normativa que se le asigna actualmente a la categoría de la tipicidad, la conducta típica no resulta ser una simple descripción de un suceso causal, sino la plena adscripción de una conducta.

Asimismo, puede suceder también que el tipo objetivo establezca medios necesarios con cualidad de específicos, para la realización de la conducta típica, como pasa por ejemplo en el delito de injuria, que se concreta por medio de palabras, gestos o vías de hecho. En opinión de Cerezo (2003), la descripción de la conducta suele ser muy concisa. Los tipos legales se estructuran en relación a un proceso de abstracción a partir de las conductas de la vida real. La amplitud de circunstancias que pueden presentarse, circunscritos en tiempo, medio y lugar; son analizadas por el legislador, extrayendo características comunes de la misma; v. gr. a decir del autor, en el caso de las circunstancias que caracterizan a los homicidios son siempre particulares, siendo lo usual el matar a otro, conforme al art. 106 del Código Penal. Cierto es que, en algunos casos – de cara a la especificación de la conducta –, la descripción de la misma es meticulosa precisando el objeto de la acción.

a.3. El resultado. En el caso de los delitos de resultado, el tipo objetivo establece la producción de un resultado – de lesión o de peligro –, que se diferencia a nivel de

espacio y tiempo [de] la conducta. Si se trata de un delito culposo, la doctrina penal en su mayoría señala que el injusto debe ser necesariamente establecido como un delito de resultado. Un sector de la doctrina discute que el resultado deba ser tomado en cuenta dentro del aspecto de tipicidad, dado que sostiene que el injusto penal se agotaría en el desvalor de la acción; quedando el resultado como una condición objetiva de la punibilidad. De cara a delimitar este elemento, García (2019) nos dice que respecto a este planeamiento cabe responder que, en una sociedad liberal, el injusto no se puede estructurar en la voluntad interna del autor y si esa voluntad requiere objetivarse en una conducta, ¿por qué razón no podría incluir en el mismo un resultado?, no cabe dudas que no resulta irrazonado esperar un resultado que exteriorice fielmente la voluntad interna del autor.

Toda comisión de delito va a tener un resultado; esta afirmación resulta cada vez más certera. Esto es debido a la configuración del tipo penal, precisando además que cuando se habla de los delitos de resultado, se hace alusión a una modificación o alteración material de la realidad – plano fáctico. Con arreglo a ello, lo ya conocido cobra sentido al indicar que, para la consumación de la conducta prohibida, nos encontramos con un delito de mera actividad, pero, si el tipo exige para su consumación, además de la acción, la producción de un resultado necesario; vamos a estar delante de un delito de resultado.

a.4. Relación de causalidad. Abrazamos lo que nos dice García (2019), al sustentar que la lógica causalista determinaba la tipicidad de la acción mediante la constatación de un suceso, que, por empírico conforme al plano real, era posible de ser subsumible en el tipo penal. Se constataba concretamente si el autor había realizado la conducta prevista en el tipo penal, y si el resultado lesivo se había producido, como consecuencia de ello. La acción era entendida como una exteriorización de la voluntad del autor, mientras que el resultado se expresaba como una modificación o cambio notorio, del mundo exterior. Sin embargo, estos aspectos de los tipos penales no podían presentarse inarticuladamente, sino que debían estar objetivamente vinculados por un nexo de causalidad. Es por esta razón que la doctrina penal emprendió tempranamente el trabajo de establecer o responder a la pregunta de cómo se determinaba la relación de causalidad entre la acción del autor y el resultado típico.

a.5. Objeto de la acción y el bien jurídico. Rescatamos algunas ideas de Reyes (1989) al decirnos que objeto de la acción es el elemento perteneciente al mundo exterior, sobre el cual recae materialmente la acción típica. En él se van a concretar la vulneración

de los intereses jurídicos que pretende tutelar el legislador en cada tipo penal. En ciertos casos, el tipo describe el objeto de la acción. Por ejemplo, el “bien” en el caso del art. 205 del Código Penal o “bien mueble” en el caso del art. 185 del Código Penal.

En otros casos, el tipo detalla o describe cualidades o circunstancias que debe reunir el objeto de la acción, por medio de adjetivos calificativos. Sin embargo, no todos los delitos van a requerir de la presencia del objeto de la acción como elemento típico, esto sucede según Villavicencio (2015), en los delitos de actividad en donde resulta este elemento ser innecesario; por la razón de no existir un resultado que se plasme en un objeto perteneciente al mundo exterior.

Ante estas situaciones, no debemos – bajo ninguna manera –, confundir el objeto de la acción con el bien jurídico. Pues éste ultimo se presente como un elemento inmaterial, manifestándose como un valor ideal frente al acto agresor del agente. En el objeto de la acción, el menoscabo es real, susceptible de concretarse materialmente. Como en el caso del hurto, v. gr, el objeto de la acción es el bien mueble y el bien jurídico la posibilidad de disponer del bien – representada por el patrimonio existente en el plano fáctico.

En definitiva, según Jescheck y Weigend (2002), “el bien jurídico y el objeto material están relacionados como la idea y su manifestación” (p. 278), evidenciando su estructura haciendo una inferencia desde la causalidad – causa y consecuencia –. No obstante, es común que puedan presentarse algunos supuestos donde el objeto de la acción es de naturaleza inmaterial, siendo difícil el contraste entre ambas. Como ejemplo más atinado, tenemos a la injuria, propia del art. 130 del Código Penal.

b. Elementos descriptivos y normativos.

En palabras de Almanza (2010) estos elementos “se presentan cuando el legislador considera y describe conductas que deben ser tomados como delitos y cuando el juez examina el hecho de establecer su adecuación al tipo penal respectivo” (p.134). En la creación de los delitos, el legislador a menudo emplea ciertos componentes gráficos (descriptivos) y valorativos (normativos) que pueden describir tanto circunstancias externas como de índole psicológica. Los componentes descriptivos son aquellos que el individuo puede percibir y entender mediante los sentidos. Estos componentes describen objetos o situaciones del mundo real. En estos casos, basta con una verificación de los hechos. Por ejemplo, una propiedad inmobiliaria en los delitos de robo, o una mujer, en el delito de aborto no consentido. Se identifican mediante el lenguaje común o las

terminologías jurídicas sin necesidad de recurrir a otras valoraciones para su comprensión.

En los componentes normativos, las valoraciones que no son solo perceptibles por los sentidos son predominantes. Para captar y entender estos elementos, se debe realizar un juicio o proceso de valoración, y se refieren a ciertas realidades derivadas de una valoración jurídica proveniente de otras ramas del derecho, como funcionarios o servidores públicos, o sujetas a una valoración ético-social, como en el caso de exhibiciones obscenas, que afectan la moral y las buenas costumbres de la sociedad.

La presencia de estas características normativas puede disminuir la función de garantía del tipo, introduciendo cierta indeterminación o imprecisión. El uso excesivo de estos elementos durante la tipificación puede violar la seguridad jurídica. Por lo tanto, la valoración debe ajustarse en términos de objetividad; es decir, debe realizarse siguiendo patrones vigentes y no de acuerdo con la comprensión particular del intérprete. El juicio de valor que se ejerce debe tener en cuenta las circunstancias de la realidad social, el lugar o las personas.

No es posible establecer un límite claro entre estos elementos descriptivos y normativos de los tipos legales. A menudo se superponen y es necesario establecer la preponderancia. Tal es el caso del concepto de muerte, muerte clínica; del 106 y el art.3 Ley N°28189, respectivamente. En muchos elementos que tienen un contenido descriptivo también presentan uno normativo, pues dependiendo del peso respectivo de cada uno, habrá que hablar de elementos predominantemente descriptivos o normativos; como sería el caso.

c. Imputación objetiva.

c.1. Antecedentes de la imputación objetiva.

c.1.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones. Para Villavicencio (2015) “viene a ser la expresión máxima de las denominadas teorías generalizadoras. De acuerdo con esta teoría todas las condiciones que concurren en un resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal”. (p.318)

Hay un conjunto de causas y condiciones. El derecho penal debe basar la imputabilidad y, por ende, la responsabilidad criminal en una sola causa o condición. Esta teoría sostiene que, si un individuo ha establecido una de las condiciones o causas para un resultado ilegal, es responsable penalmente no solo de esa causa sino del conjunto de causas. De ahí el nombre de equivalencia.

Una condición es causa del resultado si, al eliminarla mentalmente, el resultado no se hubiera producido. Por lo tanto, estas formulaciones solo permiten verificar la existencia del nexo causal cuando la investigación científica ha logrado descubrir la ley causal correspondiente. En el caso contrario, no se podrá verificar la relación causal o esta será muy discutida. No hay duda de que se considera relevante para fines penales la comprobación del nexo causal desde el punto de vista de las ciencias naturales. Así, esta teoría tiene la peculiaridad de no permitir la determinación de un nexo causal desconocido.

Según esta teoría, se debe seleccionar del conjunto de condiciones una adecuada para causar el resultado de acuerdo con lo que se considera común y normal en la vida. Pues la doctrina nos dice que se debe determinar teniendo en cuenta los conocimientos del hombre medio y de manera particular del autor. La teoría de la equivalencia amplía la responsabilidad; la teoría de la condición adecuada favorece la irresponsabilidad, aunque también favorece a descartar otras causas.

De los intentos para limitar la fórmula de la equivalencia – en especial, dentro del ámbito de los delitos cualificados por el resultado. El más poderosamente difundido, es el de la teoría de la causalidad adecuada. De acuerdo a esta teoría, se requiere que el resultado causado por el autor fuese hasta cierto punto probable al realizarse la acción para que ésta pueda contemplarse como causa del resultado. La condición ha de ser adecuada al resultado y sólo lo son aquellas condiciones típicamente apropiadas para producir el resultado.

Esta teoría, busca mayores precisiones de la relación de causalidad, y para ello establece, que no toda condición viene a ser causa determinante del resultado; sino aquellas que con arreglo a la experiencia común generalmente pueden ocasionar el resultado. Un ejemplo Claro es en el tema de la ingesta de una sustancia tóxica donde nos indica por experiencia habitual que es idónea para producir la muerte es ahí donde se introduce un criterio valorativo según la experiencia común , frente al amplio criterio natural histórico de la teoría anterior. Logrando restringir el concepto de causalidad a la causalidad jurídico penalmente relevante.

Las conclusiones a las que se ha arriba con esta teoría de la causalidad adecuada implican la desnaturalización del concepto de causalidad negando así la existencia de todo nexo o vínculo causal donde éste pueda existir. En un principio fue confundida como una teoría de la causalidad, no obstante, hoy en día y de acuerdo con los criterios de las ciencias naturales se afirma que no constituye una teoría de la causalidad. Así lo afirma

Mir Puig (2004) al sostener que en esta realidad dicha fórmula es una teoría de la imputación objetiva, es decir del límite de la responsabilidad sobre la base de la efectiva causalidad.

Si bien podemos rescatar de esta teoría la ventaja de no dejar vacíos ni lagunas jurídicas al igualar causa a condición, no podemos estar ajenos a la crítica a ésta teoría, la cual se enfatiza o dirige a su indeterminada extensión y amplitud, toda vez que al considerarse equivalentes todas las condiciones, se genera una cadena causal infinita. Cerrando esta línea de ideas, Villavicencio (2015) concluye que para los autores que trabajan con un tipo completo - objetivo y/o subjetivo -, no hay mayor problema ya que los límites de la causalidad típicamente relevantes se precisarían en el tipo subjetivo o en la determinación de la imputación objetiva.

c.1.2. Teoría de la causalidad adecuada. De todos los intentos para limitar la fórmula de la equivalencia - en especial –, dentro del ámbito de los delitos cualificados por el delito. El más difundido es el de la teoría de la causalidad adecuada el cual fue formulado y explicado por el fisiólogo de Friburgo J. von Kries, dicho labor lo hace sobre la base de los estudios de von Bar. Según este se requerirá que el resultado causado por el autor fuese hasta cierto punto probable al realizarse la acción, para que esta pueda evidenciarse como a una causa del resultado. Es innegable mencionar que la condición ha de ser adecuada al resultado; siendo sólo aquellas las condiciones apropiadas desde el lente de la tipicidad.

Este es un ejemplo del caso de la lesión leve, ya que no es adecuada para matar, ni tampoco una bofetada, aunque existan características especiales en la víctima como la hemofilia. Esta teoría busca una mayor precisión o un mejor marco conceptual que defina la relación de causalidad. Por lo tanto, establece que no todas las condiciones son una causa que determine el resultado, sino sólo aquellas que, según la experiencia social y común, puedan causar el resultado.

Por lo tanto, según Bacigalupo (1998), se exceptúa el tema de que no todas las condiciones, para determinar el resultado típico; pues en el plano fáctico y de todo lo aprendido en la labor dogmática y jurídica penal, es lógico y razonable que no puedan causar un resultado si no existe una precisión detallada de la relación entre estas.

c.1.3. Teoría de la relevancia típica. Esta teoría fue propuesta por Mezger en 1931, y se convirtió en la corrección de la causalidad natural con fines adaptativos a las necesidades del derecho penal. Se estableció que la verificación de la relación de causalidad no es suficiente para fundamentar la responsabilidad penal, sino que también

se requiere la relevancia jurídico penal. Aunque todas las condiciones en sentido naturalista nos llevan a un resultado en sentido jurídico penal, esto no es así. La relación causal por sí sola no es suficiente, completa o idónea para explicar la responsabilidad por el solo resultado. Debe existir cuando el resultado aparezca conectado causalmente con el acto de voluntad del autor.

Entre el problema de la culpabilidad jurídico penal y la causalidad de la acción, se sitúa como requisito esencial la tipicidad del resultado. Según Mezger (1957), el vínculo causal debe ser jurídicamente relevante, tal predominio logra el vínculo de responsabilidad, con ello la teoría de la irrelevancia distingue claramente entre concepto causal y concepto de responsabilidad para luego de verificar la causalidad natural, el siguiente paso se dará no por un juicio de probabilidad, sino una verificación típica de dicho vínculo causal que comienza desde la interpretación típica según la particularidad de cada caso.

c.2. Imputación objetiva de la conducta. Hoy en día, la teoría de la imputación objetiva se acerca cada vez a una teoría general de la conducta típica, lo que en palabras de Villavicencio (2015); en esta teoría la atribución del resultado ya no es una cuestión predominante, sino que la imputación objetiva se extiende más allá del ámbito de la imputación de resultado. De esta manera, se planteará una equivalencia, dicha equivalencia se sitúa entre la imputación objetiva y toda la imputación del aspecto objetivo del tipo. Por otro lado, se considera que la imputación objetiva es un requisito como resultado del principio de culpabilidad.

Esta teoría se formuló originalmente como una teoría amplia compuesta por temas, en los que se consideraba necesario realizar correcciones con criterios normativos, especialmente en la relación de causalidad en los delitos dolosos de resultado. Con el paso del tiempo, la teoría se ha extendido a todo el tipo objetivo, de tal manera que ha terminado por normativizar la conducta y el resultado típico. Esta normalización de la parte objetiva del tipo ha provocado, por otro lado, que la aplicación de la teoría de la imputación llegue a cubrir las diferentes formas en las que se manifiesta el delito. Por lo tanto, hoy en día, se presenta como un instrumento conceptual que sirve al único fin de determinar una tipicidad objetiva en los delitos de mera conducta y en los delitos de resultado; así como en los de acción y omisión, de peligro, de lesión, culposos y dolosos.

A entender de García (2019) la idea central subyace a nivel de tipo objetivo; no tratándose simplemente de constatar o cotejar realidades empíricas, sino de imputar

objetivamente a una persona la realización de un comportamiento intolerable dado el caso, la producción de un resultado socialmente desvalorado.

c.2.1. Riesgo permitido. En palabras de Almanza (2010) existen riesgos tolerables, como permisibles. Debido a la utilización social que ellas implican; pero si el individuo sobrepasa más allá de ese riesgo, el resultado ocasionado deberá ser imputado al tipo objetivo como en el caso que ahora comentaremos según la jurisprudencia: “El riesgo socialmente aceptado y permitido que implica conducir un vehículo motorizado no desemboca necesariamente en la penalización del conductor cuando produce un resultado no deseado, ya que sería aceptar que el resultado es pura condición objetiva de punibilidad y que basta que se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible. Absurdo que se desvanece a nivel doctrinario con la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que sólo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción. (Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarísimos con reos libres De La Corte Superior De Justicia De Lima del 06/08/1998, Exp. 8653-97)”.

El peligro creado por el sujeto activo es en todas las veces un riesgo típicamente relevante, aquel que no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido (socialmente adecuado), pues lo contrario excluirá la imputación. Existen en la sociedad riesgos que son adecuados en la sociedad y son permitidos en las interrelaciones personales. Por ello no es difícil decir que no todo riesgo es idóneo en la importación de la conducta. Bacigalupo (1998) nos dice lo siguiente “No toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del derecho penal pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción” (p. 188).

Hay riesgos que duda cabe, tolerables como permisibles debido a la utilidad social que ellos implican. Pero esto no nos puede cegar de las excepciones que se presenten al darse el caso en el que el individuo rebase más allá del riesgo de lo que socialmente es permisible o tolerable como el resultado ocasionado deberá ser imputado al tipo objetivo sin miramientos. Pues a decir de Jakobs (2001):

(...) en determinados ámbitos la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de bienes jurídicos: para poder hacer uso de los bienes es necesario poner en peligro estos u otros bienes. Simplemente , quien sale a la calle se pone en peligro , quien llama a un médico para que le atienda en

su casa no puede ser al menos de modo coherente, contrario a todo tipo de tráfico rodado. (p.27)

Sobre el contenido jurídico penal y la ubicación sistemática del riesgo permitido un sector lo equipara ampliamente con la adecuación social – siendo de esta índole, una responsabilidad con todas las polémicas que ya casi o por poco, le han vuelto a privar a ese instituto jurídico penal del reconocimiento que en otros tiempos tuvo. Mientras que otro sector lo aleja de la adecuación social y para ser precisos utiliza en casos de consentimiento una adecuación imprudente, o como principio estructural común a diversas causas de justificación. No obstante, a decir de Roxin (1999) en ocasiones le es negada toda relevancia jurídico penal al riesgo permitido, en los delitos de los; quedando entonces sólo el reconocimiento como causa de justificación en los delitos imprudentes

En conclusión, entender al riesgo permitido como una causal de exclusión de la imputación objetiva del tipo penal, es conducirnos por la senda correcta. Debido a que conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante pero que de modo general - independiente del caso concreto –, está permitida.

c.2.2. Disminución del riesgo. Sustenta la exclusión de la imputación al evidenciarse una disminución del riesgo, en estos casos, el agente actuará causalmente con respecto a un resultado ocurrido, evitando al mismo tiempo la producción de un resultado mayor. Según Mir Piug (2004), la modificación del curso causal nos trajo como resultado lo siguiente, que por parte del sujeto activo se disminuirá el peligro y con ello se mejora la situación del bien jurídico, como, por ejemplo: el caso en el que se intenta desviar un objeto pesado que cae en dirección a la cabeza de otro, sólo consigue desviarlo a otra parte de su cuerpo.

Por otro lado, debe excluirse la imputación de la conducta siempre que sería algo absurdo y repetible prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido. El verdadero problema se presentará si nos preguntamos en qué medida el sujeto reduce el riesgo; pues exigir al sujeto que optimice sus posibilidades de protección será sólo en función de si el autor garantiza o no la protección del bien jurídico, por ello no es irrazonable pensar que en dichos supuestos opere el consentimiento presunto.

c.2.3. Riesgo insignificante. Tantos son los riesgos en los que, ex ante, no se presenta un riesgo suficiente o significativo. Esto implica la existencia de un principio que nos indica que, ante la falta de significación social de la conducta, la no punibilidad surge desde el bien jurídico protegido extendiéndose a la estructura de los tipos penales.

Siendo el bien jurídico, el encargado de darle significación a la realización típica; por lo que estamos convencidos de que tampoco son imputables las conductas que suponen una afectación insignificante. Por lo tanto, excluir de la tipicidad penal no procede en estos casos cuando no se pueda establecer una conexión necesaria entre la lesión penalmente relevante y la conducta de su autor, sino de la irrelevancia penal de la lesividad del hecho por estar socialmente aprobada o insignificante conforme al contexto en que se produce.

Un ejemplo claro lo prescrito en el artículo 152 del código penal, donde nos dice que: “el que sin derecho priva a otro de su libertad personal por breves minutos reteniéndolo en un transporte colectivo o en un ascensor no comete delito de secuestro”.

c.2.4. Principio de confianza. Según Villavicencio (2015) no existirá imputación a la conducta en el siguiente supuesto:

cuando el sujeto obra confiado en el proceder o modo de actuar de los demás, dentro del límite de riesgo permitido; quien realiza un comportamiento riesgoso, en general lícito, actúa confiado en que, quienes participen con él van a actuar correctamente conforme a las reglas preexistentes. Un ejemplo didáctico sería cuando un médico cirujano espera que el material quirúrgico que empleará en una intervención haya sido esterilizado por el personal sanitario. (p.327)

Este principio es necesario sólo si el sujeto que confía debe responder por el curso causal en sí, aunque el otro lo conduzca a dañar mediante un comportamiento defectuoso. Debemos añadir a esto, que este principio de confianza no estaría sólo limitado al deber de cuidado propio de los delitos imprudentes, dado que es posible que ocurra en los delitos dolosos.

Sin embargo, no todos están de acuerdo en que este principio sea parte de la teoría de la imputación objetiva, ya que este cuestionamiento se conduce aquí mencionado principio sirve exclusivamente para la determinación y limitación de los deberes de cuidado, aquellos no establecidos positivamente. Por ello siempre será fundamental una división del trabajo, para que cada participante en un acto no deba controlar todas las posibilidades de influencia sino sólo determinadas.

c.2.5. Prohibición de regreso. Según Reyes (1994) esta teoría “(...) ha evolucionado desde la antigua formulación de la prohibición de regreso entendido como una condición previa para limitar a la causalidad llegando hasta su actual formulación en el marco de la imputación objetiva” (pp. 320-330). Antes se trataba de situaciones en las que, después de una conducta, es decir, imprudente, se producía un comportamiento intencional.

Según sostiene Jakobs (2001) la prohibición de regreso se constituye como un criterio delimitador de la imputación de la conducta que, como suerte de modelo o prototipo, es inofensiva, cotidiana, neutral o irrelevante pues no constituye participación en el delito cometido por un tercero. Tal es el caso (v.gr) del comerciante que le vende a otro un cuchillo de cocina, no quebranta su rol, aunque el comprador le exprese que lo usará para cometer un homicidio.

La teoría de la prohibición de regreso se asocia con la participación en la que se desarrollan diferentes casos. En cualquier caso, sólo de manera subsidiaria surgirá una responsabilidad penal para la persona que actúe de manera neutral en los casos en que el aporte neutral favorezca una situación de peligro hacia un tercero o a la colectividad. Puede extenderse como una violación de un deber de solidaridad mínima que se expresaría como un delito de omisión de auxilio, como es el caso del artículo 127 de nuestro código penal, u omisión de denuncia en el artículo 407 de la misma norma.

c.2.6. Imputación a la víctima. Existe imputación en el ámbito de competencia de la víctima si ésta, con su comportamiento, contribuye de manera decisiva a la realización de un riesgo no permitido. Por ejemplo, cuando alguien entrega una sustancia peligrosa y la persona que la recibe la consume y su salud se ve afectada. La jurisprudencia peruana excluye de la imputación objetiva los casos en los que la creación del riesgo recae en los propios sujetos pasivos, no en el sujeto activo.

La última institución de la imputación del comportamiento se refiere a la relevancia que puede tener para la tipicidad de la conducta de un sujeto que había intervenido de algún modo como sujeto que resulta lesionado posteriormente, es decir, la víctima. Bajo ciertas circunstancias, esta intervención puede afectar la calificación que merece la conducta de un sujeto, eliminando su carácter típico, al entrar lo sucedido en el ámbito de responsabilidad de la víctima.

Según Cancio (2001), los casos que han atraído la mayor atención de la doctrina jurídico penal en este contexto versan sobre todo los grupos de casos muy acentuados, por un lado, supuestos en los que el inicio o génesis del riesgo que acaba lesionando a la víctima intervino tanto la víctima como el autor. Por otro lado, fue motivo de debate el amplio y numeroso supuesto en los que la conducta descuidada de la víctima se produce después de un comportamiento del autor lesionante que pone en peligro los bienes de éste.

La fundamentación de la especial relevancia de la víctima suele plantearse bajo el rótulo de principio de autorresponsabilidad. Bajo una deducción sana y metódica de

dicho principio, las premisas axiológicas pre jurídicas y una determinación puramente funcional de tal principio dentro del sistema de imputación jurídico penal existe también la vía intermedia encargada de constatar las decisiones normativas del ordenamiento jurídico, como punto de partida para luego llegar a su reconstrucción dogmática.

c.3. Imputación objetiva del resultado. Según Villavicencio (2015), los criterios señalados por la teoría de la imputación objetiva:

No sólo están referidos a la determinación de la tipicidad de la conducta, sino que también ofrece reglas para precisar que, luego que se haya afirmado que la conducta es típica, en caso puesto el resultado producido puede ser imputado a la conducta (imputación objetiva del resultado o imputación objetiva en sentido estricto). De lo que se trata es de explicar el resultado que se ha producido y sólo podrá relacionarse el resultado con la conducta cuando ésta sea su factor causal determinante, de manera que adquiere importancia del análisis cuando , ha dado de la conducta típica, concurre otra explicación alterna como podría ser un accidente o la conducta de tercero. (p. 330-331)

c.3.1. Fin de protección de la norma penal. Para la configuración de la imputación, es esencial identificar que el resultado generado por el peligro esté presente en el tipo penal. Este resultado debe estar comprendido dentro del aspecto teleológico de la protección de la norma penal o simplemente sus fines, donde se prevé la conducta delictiva. Por ejemplo, Gómez (1987) dice que en el caso de un sujeto que mata a otro y la anciana madre de la víctima, al recibir la noticia de su muerte, fallece de un accidente cardiovascular-ACV. En este caso, la muerte de la madre no le será imputable objetivamente al autor, pues la norma penal que tipifica el delito de homicidio pretende proteger la vida, pero de manera inmediata, con las acciones típicas.

Como resultado, la muerte de la persona queda fuera de la escuela de protección de la norma. Es posible utilizar este criterio en los casos en que el riesgo no permitido no se realice en el resultado cuando éste se produce por un riesgo general normal, y cuando el riesgo no permitido se produce más tarde sobre una víctima que en el momento de la creación del riesgo no estaba amenazada por este; por ejemplo, quien se pasa una luz roja y a 2 cuadras de distancia atropella a otro, causándole lesiones en el momento en que se encontraba conduciendo, conforme al reglamento de tránsito.

3.2.7. Tipicidad subjetiva o imputación subjetiva.

Creus (1992) expone que son dos las formas que tiene el derecho para que los sujetos respondan por sus acciones, que distinguen la responsabilidad objetiva de la

subjetiva. En el primer caso, el sujeto responde porque su acción generó un menoscabo hacia el bien jurídico de otra persona; con ello el derecho pretende, primordialmente, volver a equilibrar las relaciones de “bienes” que el sujeto desequilibró con su accionar. Por el segundo caso, el sujeto responde porque la acción se le puede reprochar por haber actuado con voluntad de desconocer el mandato protector de bien jurídico contenido en la norma imperativa, sea porque directamente decidió hacerlo, violarlo, o por haber aceptado violarlo. Sea por no haberlo atendido como debió ante la posibilidad de violarlo. Según lo glosado por el doctor Villegas (2014):

En esta el reproche se presenta como fundamento o presupuesto de la sanción sumándose a la acción materialmente (objetivamente) constitutiva del ataque al bien jurídico; además, es el grado de reproche el que dimensiona la intensidad de la sanción en tanto sea la de la pena, es decir, cuando no esté dirigida la reparación debida al titular del bien jurídico menoscabado. Siendo que la teoría del delito responde al ámbito de la responsabilidad subjetiva. (pp. 14-15)

Es así como al principio de imputación subjetiva llamado también de responsabilidad subjetiva o también principio de dolo o culpa, viene a ser expresión más clara del principio de culpabilidad. El que según el profesor García (2009):

Partiendo de un concepto amplio de culpabilidad (del principio de culpabilidad como límite material del ius puniendi), (...), la exigencia de dolo o imprudencia para fundamentar la responsabilidad criminal (principio de responsabilidad subjetiva) deriva de aquel principio culpabilísima o se inserta en el mismo como una de sus manifestaciones. En consecuencia, y según tal orientación, el principio de culpabilidad tendría un doble contenido o significado: de una parte, exigencia de culpabilidad del sujeto por el hecho (que implicaría su imputabilidad, conciencia potencia, al menos, de la antijuridicidad -en la sistemática finalísima-, exigencia individual y ausencia de causas de exculpación); y, de otra, exigencia de responsabilidad subjetiva (dolo o imprudencia). Ahora bien, insertar el principio de responsabilidad subjetiva en la amplia rúbrica del principio de culpabilidad sólo es técnicamente correcto desde el enfoque causa lista, si se contemplan dolo y culpa como formas o grados de culpabilidad, si con el finalismo, se estima que dolo y culpa no pertenecen a la culpabilidad sino a la parte subjetiva del injusto típico, constituyendo grados diversos del desvalor subjetivo de la acción, entonces preferible denominar principio de

responsabilidad subjetiva – y no principio de culpabilidad – a la exigencia de dolo o culpa para fundamentar la responsabilidad criminal. (pp. 526-527)

Ello considera insuficiente a decir de Villegas (2014), la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal, por lo que resultará necesario averiguar si se le puede imputar al autor, la producción de un resultado a título de dolo o imprudencia – culpa.

a. El dolo.

En la ciencia peruana el criterio causalista cobró relevancia, aquel que ubicaba al estudio del dolo en la culpabilidad (dolo malo, dolo culpable, dolo desvalorado), sin embargo, en palabras de Villavicencio (2015), [no] cree que el dolo suponga juicio de culpabilidad, para el autor en mención el dolo es libre y valorativamente, concibiéndolo como (dolo natural, dolo neutro, dolo avalorado). Sin embargo, algunas jurisprudencias, siguen considerando al dolo como contenido o elemento perteneciente a la culpabilidad.

Cierto es que la ley peruana no define el dolo, ergo se acepta que el dolo viene a ser el conocimiento con voluntad de realizar todos los elementos del tipo objetivo. Y es el núcleo de los hechos punibles de los. Además, el dolo abarca los elementos que agravan o atenúan la pena según sea el caso concreto. Este aspecto subjetivo se presenta dentro del tipo cumpliendo una función reductora siendo un pilar o una de las bases alternativas de la imputación subjetiva que impiden la responsabilidad objetiva.

El dolo se evidencia durante la ejecución del tipo objetivo, siendo el instante del dolo el preciso momento en que se lleva a cabo la conducta delictiva. Si se presenta antes de iniciar la ejecución del delito, es decir, durante la etapa de los actos preparatorios o después de la realización del tipo objetivo, no existiría el dolo que requiere tipo, ya que resulta imposible atribuir algo que no ha sucedido o no se ha generado. Sin embargo, en el segundo caso, la ausencia del dolo típico es muy evidente, debido a que existe un plan delictivo, generado después del resultado injusto.

Los tipos de dolo antes mencionados, son irrelevantes; pues el dolo no necesariamente debe presentarse durante una acción ejecutiva. Solo se necesita que el agente tenga participación en el momento en que se dispone la producción del resultado y se abandone el control del curso causal. Según Mir Puig (2004) aún se debate si el dolo requiere conocimiento y voluntad – teoría de la voluntad, o sólo el conocimiento – teoría de la representación. No podemos negar que hay otros autores que posicionan en esta última teoría. Según Ragués (1999):

Los problemas que afronta el concepto de dolo cognitivo son los siguientes: a) suponen un privilegio para los desconocimientos irracionales, b) graba a las personas escrupulosas. Y beneficia a las desaforadamente optimistas, c) No aporta criterio para decidir en qué casos puede considerarse que un sujeto ha realizado o no el juicio de atribución en que se fundamenta el dolo. d) puede propiciar una confusión entre dolo de lesión y dolo de peligro concreto. Sobre la superación de esta problemática (...) (pp. 519-ss)

Hoy en día, este debate establece una tendencia, que dogmáticamente se basa en minimizar o eliminar el elemento volitivo del dolo. Creemos que, sin obviar el elemento volitivo, es conveniente reforzar el análisis del dolo a nivel del elemento cognitivo con las modernas contribuciones normativas y de la doctrina. Esto con el objetivo de darle mayor precisión a la configuración del dolo, de tal manera que, el intérprete opere [con] y dentro de los límites, que permitan proporcionarle una precisión en su labor de identificación en aras de apuntar hacia un derecho penal garantista.

a.1. Elemento cognitivo (intelectual).

Este elemento constituye la parte inicial del dolo, precisamente anterior al momento volitivo, dado que éste no existe si antes no está presente el conocimiento sobre aquello que se realiza. “Los datos de conocimiento y de resolución son anteriores a los actos de acción pues estos no pueden existir sin un previo conocimiento que permita tomar una resolución determinada.” (Zaffaroni et al., 2000, p. 450)

Dicho elemento comprende el conocimiento de la realización de cada uno de los aspectos que forman parte de la estructura de la imputación objetiva. Suponiendo el conocimiento de los aspectos descriptivos, normativos, elementos de la autoría, causalidad y resultado, ubicables - en propiedad –, dentro del tipo objetivo.

Según Gómez (1987), el conocimiento pleno incluye también los elementos subjetivos de las circunstancias que agravan, así como las circunstancias que atenúan que forman parte del mismo - el tipo. Tal es el caso del robo agravado donde el individuo debe estar consciente de que está utilizando un arma de fuego. Pues el dolo no abarca el conocimiento de la ausencia de las causas de justificación y mucho menos del conocimiento de la antijuridicidad del acto. Sin embargo, la premisa no cambiará si se llega al conocimiento de estos elementos; no afectando en absoluto la configuración del tipo.

El cuestionamiento a la labor de la voluntad condujo a que un sector de la doctrina penal defendiera la llamada teoría de la representación o posibilidad, en la cual se

encuentra la diferencia entre el dolo y la culpa en el elemento cognitivo. La representación a conocimiento de la posibilidad de aparición del resultado por parte del actor permite atribuirle ya una cuestión dolosa; propia de la teoría del conocimiento. Esta postura ha sido sometida a la crítica por extender ampliamente el umbral del dolo alcanzando supuestos donde prácticamente saca de la culpa a la figura de la culpa consciente para fusionarla finalmente en el ámbito de las conductas dolosas.

Según Puppe (2010), con el fin de evitar la excesiva expansión o diversidad desmedida de las conductas dolosas, se propuso requerir un nuevo requisito a la representación. Con el propósito de poder formular la llamada teoría de la probabilidad, aquella que requiere para el dolo no sólo que el autor pueda representarse en el posible resultado lesivo; sino que dicha representación debe tener un lugar relevante de probabilidad en el momento de su producción. Bajo esta lógica, la diferencia entre el dolo y la culpa seguirá encontrándose en el elemento cognitivo, pero no porque de hecho en un momento uno sí se encuentre, y en el otro no; sino debido a que su entidad cuantitativa no es la misma.

a.1.1. Error de tipo. Para Bacigalupo (2004) viene a ser el desconocimiento o ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo. Sin descartar la posibilidad de que el sujeto activo no haya comprendido algún elemento típico, que existe objetivamente (falta de representación) o la comprendió de manera distinta a la realidad (representación falsa).

Según Bustos (2004) el error recae sobre cualquiera de los elementos del tipo objetivo, tanto descriptivos como normativos. Si la gente ha percibido equivocadamente un elemento típico, el error recae sobre los elementos descriptivos, pero si la gente careció de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento típico, el error recae sobre elementos descriptivos, pero si el agente no tuvo una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento típico, el error recae sobre los elementos normativos.

Es la cara opuesta al conocimiento con el cual se sustenta la imputación subjetiva. Dentro del error se distinguía tradicionalmente el error sobre los hechos y el que se derivaba de un desconocimiento del derecho, siendo únicamente el primero capaz de excluir el dolo. Esta regla flexibilizó primero para el caso de los errores de derecho que estaban referidos a leyes extrapenales, por lo que también en estos casos se admitió la posibilidad de excluir el dolo. La negación de toda relevancia al error de derecho penal se mostró, sin embargo, poco compatible con el principio

de culpabilidad si es que este error era invencible. Por esta razón, la ordenación del error dejó de girar en torno a la discusión entre el hecho y derecho cómo y pasó a distinguirse en función de la conducta (error de tipo) y la valoración de la conducta (error de prohibición). El primero recae sobre los elementos que conforman el tipo de injusto, mientras que el segundo está referido al significado antijurídico de la conducta. (García, 2019, p.539-540).

En términos simples, el error de tipo se refiere a la negación de la tipicidad subjetiva por atribución del autor en una situación donde se desconoce que la conducta realizada infringe objetivamente la norma garantizada penalmente. Es una acción que infringe la norma de manera objetiva pero cuyo conocimiento el autor, a pesar de encubrirlo, no podrá acceder desde sus circunstancias personales. De manera didáctica, planteamos el ejemplo en el que, debido a un fallo en la máquina de medición del nivel de toxicidad de los residuos industriales, el jefe de planta dará la orden de verter al río los residuos que, bajo la creencia de que se encuentran dentro de los límites máximos permisibles, pueden llegar a superar los antes mencionados, generando un efecto dañino para el medio ambiente.

Es cerrado identificar el error de tipo cierto de hecho; muy raro de tipo puede referirse a sus elementos de hecho como de derecho, verbigracia; el error sobre el bien mueble ajeno el que creyéndolo propio, a pesar del hurto es un error de tipo. Ergo, como dice Villavicencio (2015) “(...) en la dogmática moderna se observa una vuelta a la distinción entre error de hecho y error de derecho, pero separada del principio *error juris nocet* ya que no se discute la relevancia del error derecho, sino la del error de hecho y de derecho en relación con el dolo”. (pp.361-362)

El dolo es excluido por el error de tipo luego de ello al estar ausente este elemento viene a configurarse como una causal de ausencia de la imputación subjetiva. Así se plasma en la jurisprudencia recaída en Ejecutoria Suprema del 27 de enero de 2005, R. N n°3801-2004 Tacna, en su primer considerando: “El dolo presupone el consentimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta ese conocimiento total o parcialmente, el mismo que excluye el dolo”.

Es aquí donde nace la distinción entre error de tipo vencible e invencible. Ambas excluyen el dolor, pero el error de tipo vencible supone responsabilidad en la infracción será sancionada como imprudente. En líneas generales el error de tipo invencible va a excluir la responsabilidad o la agravación; mientras que, en el error de tipo vencible, la infracción bienes ser castigada como culposa si hallase le prevista en la ley.

Existirá error de tipo vencible, cuando la gente estuvo en la posibilidad de salir del error en el que se encontraba y pudo evitar el resultado, a la mera observación del cuidado debido qué dichas circunstancias le exigen para poder evitar todo tipo de resultado. En estos casos como menciona Villavicencio (2015), sólo se sancionará si existe un equiparable tipo imprudente, ya que este error va a excluir el dolo [pero] no la imprudencia con la que procedió el agente. Es decir que no es posible hablar de ausencia de responsabilidad penal por el solo hecho de excluirse bajo esta regla, ya que quedará pendiente la ausencia del cuidado debido que él era exigible al autor.

Por lo tanto, se deberá verificar si existe un tipo penal que castiga la realización imprudente de la conducta, por otro lado, como lo sostiene Bustos (2004), habrá error de tipo invencible cuando el autor, a pesar de observar el cuidado debido, el agente no puede salir del error en el que se encontraba, produciendo inevitablemente el resultado. En este caso, se describe que la conducta debe ser atípica ya que el agente ha actuado de manera diligente y con el debido cuidado; alejándose de toda imputación dolosa como imprudente.

Para Avalos (2004) el error también puede recaer sobre algún elemento que pueda grabar o atenuar la pena. Para el caso en donde el error recaiga sobre circunstancias agravantes, su falta de representación o representación falsa por parte del agente, quien solamente hará ejecución de los actos que configuren los elementos del tipo básico, dará luz verde para establecer sólo la imputación base de este tipo.

En los casos en los que el error incida sobre circunstancias atenuantes, si es que la persona dirigió su actuar con desconocimiento o falta de representación de estos elementos, la imputación subjetiva no modificará la objetiva y por lo tanto se imputará a la persona por el tipo atenuado. Pero si el agente actúa con representación falsa de estos elementos, la imputación será del tipo básico, toda vez que el dolo ha comprendido todos los elementos del tipo básico, aunque el agente haya supuesto la presencia de las circunstancias atenuantes, no cambiará en nada la tipificación básica.

a.2. Elemento volitivo del dolo.

Respecto a este segundo elemento del dolo denominado volitivo, García (2019) sostiene:

Si la función de derecho penal se centra en motivar a los destinatarios de la norma de conducta a evitar la lesión de un bien jurídico, la infracción de la norma más grave desde el punto de vista subjetivo será indubitablemente la intención de lesionar el bien jurídico. La imposición de la sanción penal encontrará su

fundamento en el hecho de que el sujeto conoció y quiso realizar todos los elementos previstos en el tipo penal que describe la conducta lesiva del bien jurídico. (pp. 506-507)

Esta forma de infringir la norma sería el dolo, cuyo contenido está constituido por la conciencia y voluntad del autor de lesionar el bien jurídico protegido penalmente. A estos elementos de carácter subjetivo, se les agrega a nivel de culpabilidad, de conocimiento del hecho penalmente prohibido; dado que no es suficiente que el autor tenga conocimiento y quiera – a pesar de ello –, realizar una conducta lesiva, sino también estar en capacidad de saber que se trata de una conducta antijurídica.

En este aspecto, la configuración del dolo requiere de algunas cuestiones muy distintas si la función que se atribuye a la pena consiste en restablecer la vigencia de la norma defraudada por el delito imputado al autor. Desde esta perspectiva, se puede ver la necesidad de restablecimiento como mayor frente a los casos en los que el cumplimiento del deber debe evitar la defraudación de la norma; concluyendo que la actuación subjetiva más grave es aquella que se imputa al autor por el pleno conocimiento de la infracción evitable de la norma. Es así, que en nuestra calidad de tesistas consideramos que el dolo siempre estará conformado por la imputación de un nivel de conocimiento que permita al autor reconocer suficientemente que su proceder expresa un abierto cuestionamiento a la vigencia de la norma penalmente garantizada; de manera que, si quiere mantenerse fiel al derecho o a los principios y reglas que las regulan, debe desistir de emprender dicha actuación.

Villavicencio (2015) argumenta que la esencia del dolo radica en la intención de llevar a cabo los componentes que forman el tipo objetivo. Tal intención, como se ha mencionado anteriormente, se comprende en términos de que el individuo se involucra conscientemente en el contexto de los objetos de referencia en un proceso comunicativo, asumiendo la intención de realizar los elementos del tipo objetivo. Si las personas, a pesar de conocer los elementos típicos, no desean o no tienen la determinación o el conocimiento de la imposibilidad de cometer actos delictivos, evitan o anulan su intención; la falta de dolo será incuestionable.

En el dolo, el sujeto anhela la realización del tipo. Este anhelo o querer, no se confunde con el sólo deseo, que solo implica una posible inclinación que no logra concretarse – totalmente intrascendente para efectos jurídico-penales. Por ejemplo, un ladrón que no desea matar al cajero de un banco, pero a pesar de ello quiere hacerlo pues no existe otra forma de apoderarse de dinero. Apartándose también con el tema de los

móviles conforme lo dice Muñoz (2002); pues para que el dolo exista, resulta completamente ajena la naturaleza de los motivos. El dolor existirá así los móviles no sean antisociales.

a.2.1. Clases de dolo.

Dentro del dolo se conocen en la actualidad tres clases de dolo: el dolo directo o de primer grado, el dolor indirecto de segundo grado y el dolo eventual. Y quien mejor que García (2019) para ilustrarnos sobre esta clasificación:

El primero se presenta cuando el autor tiene conocimiento del hecho y la voluntad de producir el resultado (A dispara en la cabeza a B para darle muerte). En la segunda clase de dolo, el autor tiene igualmente conocimiento del hecho, pero no quiere producir el resultado, aunque lo asume como necesario (A quiere matar al diplomático B, para lo cual coloca una bomba en su auto, sabiendo que con ello va a matar también al chofer C, a quien no quiere matar.) El dolo eventual tiene lugar cuando el agente realiza el delito sin voluntad de producirlo, aunque siéndole conocido que muy probablemente sucederá (por ejemplo: A, que vive en el piso dieciocho de un edificio de una zona transitada, lanza por la ventana de su departamento un mueble de regulares dimensiones, el cual cae sobre el transeúnte B que circulaba por la calle). (p.499)

Jeschek y Weigend (2002) señalan que la diferencia entre el dolo eventual y el dolo directo de segundo grado se encuentra en el nivel de conocimiento acerca de la perjudicialidad de la conducta. En el primer caso, se entiende que la probabilidad de que la conducta resulte en un daño, mientras que, en el segundo, el autor actúa con total seguridad y convicción de la prejudicialidad de su comportamiento. Para mayor especificidad, desarrollamos los siguientes sub-acápites:

(i) Dolo directo primer grado (dolo inmediato).

En el dolo directo de primer grado, realizar el tipo ya sea del resultado de la acción delictiva, es la que el agente persigue en su proceder. Claro es el ejemplo del que busca matar a otro con disparos de arma de fuego y lo llega a alcanzar. En este tipo de dolo va a predominar el aspecto volitivo; por ello algunos han considerado denominarlo intención o propósito.

Roxin (1999) menciona que respecto al elemento cognitivo resulta imprescindible que la gente tenga el conocimiento del cumplimiento de los elementos del tipo objetivo requiriendo solo con que tenga una suposición o noción de la posibilidad del resultado,

como en el caso de quien desde larga distancia el consciente es una experiencia en la portería dispara con ganas de matar a otro (ánimo de matar).

(ii) Dolo directo de segundo grado (dolo mediato).

Cuando el actor ejecuta un hecho ilícito advierte que aparte del resultado que busca generar, van a producirse otros resultados estrechamente vinculados al principal de manera inevitable. En opinión de Villavicencio (2015):

El sujeto considera que el resultado está acompañado de consecuencias necesarias e inevitables (dolo de consecuencias necesarias). Ejemplo: el que para matar a un funcionario sabe que al colocar el explosivo o en la carrocería del vehículo en el que viaja, también matará al chofer y a otro acompañante. Aquí, es dominante el aspecto cognoscitivo del dolo, ya que el sujeto activo no quiere directamente las consecuencias que sabe que se van a ocasionar, pero las admite como necesariamente vinculadas el resultado principal que busca. (p. 369)

A partir de aquí podemos decir, que no es necesario, que el agente crea que es segura la realización de la consecuencia ulterior; pues es solo suficiente, que sepa que está vinculada con el desarrollo del suceso que se desea. Por lo que queda en evidencia, que el resultado se encuentra ubicado, en la esfera de la voluntad de realización del autor, aunque éste no lo deseé. Motivo por el cual Muñoz (2002), los elementos del tipo objetivo son conocidos por el agente, pero no queridos. Sin perder de vista – claro está –, que las diferencias encontradas a nivel psicológico en los tipos de dolo directo no significan la existencia de contrastes o diferencias a nivel de la punibilidad.

(iii) Dolo Eventual o de tercer grado.

En palabras de Villegas (2010):

En el dolo eventual no es necesaria la intención o el propósito deliberado de lesionar el bien jurídico (dolo directo de primer grado). El sujeto no quiere cometer el delito, pues de otro modo habrá obrado con intención. Tampoco se cuenta con un conocimiento seguro de que la lesión se producirá de manera irremediable (dolo directo de segundo grado), sino más bien existe un conocimiento de la capacidad o la aptitud lesiva de la conducta respecto al bien jurídico, sin que se filtre algún elemento adicional. Se habla de una decisión por posible lesión del bien jurídico. (s. p)

El dolo eventual, conocido en la doctrina, es aquel tipo de dolo en el que el autor percibe como posible la materialización del resultado y, a pesar de ello, no se abstiene de actuar, sino que se conforma con ello - teoría de la representación o de la probabilidad.

El sujeto agente es consciente de que el riesgo de su comportamiento es alto, pero acepta la posible realización del resultado. A diferencia del dolo directo o de primer grado, en el que el agente busca alcanzar el objetivo propuesto al decidir actuar; en el dolo eventual, el agente no busca la realización del resultado, sino que lo acepta como probable debido al riesgo que implica su conducta.

Según Bustos (2004), el dolo eventual no es problema eminentemente dogmático, él considera que es un problema de carácter político criminal. Lo que significa que, para este autor, el legislador pretende impedir dos formas procesos, tanto dolosos como culposos; no existiendo otra posibilidad, tal como señala:

Ciertamente en el dolo eventual no hay un proceso en dirección a la afección del bien jurídico. Todos los autores recalcan que, en el dolo eventual, sólo hay un alto riesgo, la probabilidad del hecho típico. Esto significa que si desaparece ese alto riesgo o probabilidad no hay dolo eventual. Por tanto, pareciera que el dolo eventual queda dentro de los procesos que son propios de la culpa. (p. 831)

A continuación se expondrán determinadas teorías que, a lo largo de la historia de la dogmática penal, han pretendido explicar el dolo eventual. Fundamentalmente, son dos las teoría globales que han pretendido dar fundamento al dolo eventual, por un lado, las teorías volitivas, y por otro, las teorías cognitivas o de la representación.

Dentro de las **teorías volitivas** tenemos otras subteorías, las cuales se desarrollarán en las líneas siguientes:

- **Teoría del consentimiento.** Desde el punto de vista volitivo del dolo, la teoría del consentimiento - o del asentimiento de la voluntad, considera que para calificar al dolo eventual sólo es suficiente que el agente acceda a la posibilidad del resultado, pero en un sentido afirmativo intrínsecamente. El autor decide actuar incluso cuando ha previsto - de antemano - el resultado dañino como posible y probable; es consciente de dicho resultado y aun así decide llevar a cabo la conducta. A decir Maurach (1968), habrá dolo eventual si el sujeto se dice a sí mismo "Sea de una forma u otra, ocurrirá esto o aquello, de todos modos, yo actúo" (p. 317). Se puede inferir lo contrario, que no habrá dolo eventual si el agente, después de representarse el resultado como algo posible. Según Zugaldia (1986), para esta teoría, se estará ante el constructo del dolo eventual, cuando el sujeto al ver el resultado, lo encuentra a su vez "aprobado", internamente, es decir, que haya estado de acuerdo con él. Es decir, el autor no sólo se representa la posibilidad de

la realización del tipo; también asiente interiormente a su realización o, mejor dicho, acepta el resultado.

En este escenario, la voluntad es menos intensa, ya que el individuo no tiene la intención ni aspira a realizar el tipo y menos aún está seguro de la posibilidad de que ocurra o no; sin embargo, al considerar la eventualidad de que ocurra el hecho, lo comprende. Esta postura del dolo eventual ha sido sometida a mucha crítica por configurar al elemento volitivo, como una aprobación o asentimiento que no es más que la representación de una actitud emocional más que de una voluntad de dañar un bien jurídico. Esta teoría, puede confundir entre lo consentido en sentido jurídico con lo deseado en el fuero interno del individuo.

- **Teoría de la indiferencia o del sentimiento (Karl Engisch).** En este contexto, la voluntad es menos fuerte, ya que el sujeto no tiene la intención ni busca llevar a cabo el tipo y menos aún está seguro de la posibilidad de que suceda o no; sin embargo, al contemplar la eventualidad de que ocurra el hecho, lo entiende. A esta interpretación del dolo eventual, se le ha criticado mucho por configurar al elemento volitivo, como una aprobación o asentimiento que no es más que la representación de una actitud emocional más que de una voluntad de infringir un bien jurídico. Esta teoría puede confundir entre lo consentido en sentido jurídico con lo anhelado en el fuero interno del individuo.

En esencia viene a constituir la versión más estricta de la teoría del consentimiento estableciendo concretamente que para sustentar la existencia del dolo eventual, el agente debe actuar con indiferencia con la serie de posibilidad de lesionar o colocar en peligro el bien jurídico, asumiendo el riesgo de su producción.

- **Teoría de la decisión contra el bien jurídico (Armin Kaufman).** Como refiere el profesor Villegas (2014):

Como superación de las teorías vistas anteriormente, que se caracterizaban por identificar el elemento volitivo composiciones emocionales del sujeto (que esté aprobara el resultado que sintiera indiferencia hacia él), surge una nueva tendencia caracterizada, principalmente, por, en primer lugar renunciar a la disyuntiva entre características que cognitivas y volitivas a la hora de describir el dolo y, en segundo lugar, por acoger un nuevo marco conceptual la decisión en el que se reunirán la voluntad y el conocimiento asumiendo este concepto básico abstracto como descripción unitaria del dolo.

Al respecto Roxin (1999), sostiene que:

Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocido por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente – aunque solo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo –en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. (p.167 y ss.)

Por lo que esta teoría, al referirse a una decisión acaecida en la norma, logra consiguientemente una asimilación a la teoría mencionada *ut supra*.

Dentro de las **teorías cognitivas** (en las que se toma en cuenta principalmente el elemento cognitivo o intelectual del dolo) tenemos otras subteorías, las cuales se desarrollarán en las líneas siguientes:

- **Teoría de la representación o probabilidad.** Para esta teoría, la simple representación del autor, de que la probabilidad de que su acción sea adecuada o susceptible de producir el resultado debería hacer que el sujeto renuncie a su actuar. Por otro lado, la certeza del agente en que el resultado no sucederá acoge la negación de dicha posibilidad, excluyendo al dolo de la ecuación; es decir, actuará con culpa con representación cuando el autor se representa la realización del tipo con un alto grado de probabilidad remota.

Tal manifiesta Villegas (2014), que:

De ello se extrae la conclusión de que todas las formas de imprudencia imaginables se reducen a una sola, la imprudencia inconsciente: la denominada culpa con representación se incluye en el ámbito del dolo eventual; la creencia errónea de que el resultado no se producirá equivale a ausencia de representación y, por tanto, a imprudencia inconsciente. (p. 78)

Por lo tanto, es coherente afirmar que, el tránsito de la imprudencia al dolo es una cuestión de gradualidad, que depende de una escala de nivel de probabilidad en la representación del sujeto. De tal manera que, si se representa como probable la realización del tipo y decide actuar, se dará el dolo; mientras que, si se representa como improbable, actuará de manera imprudente, siendo lo relevante el nivel de representación con que actúa el sujeto para determinar si su conducta es dolosa o imprudente.

Una crítica fundamental a la teoría de la representación es que en realidad no niega la presencia del elemento volitivo en la formación del dolo, sino que simplemente lo presume cuando se verifica cierto nivel de conocimiento en el autor. Roxin, indica que esta teoría no debería tener problemas, si fuera cierto que el sujeto que percibe la posibilidad de cometer un delito y aun así actúa, ya ha considerado el resultado de este,

y ha decidido dirigir su comportamiento – juicio de desvalor –, en contra del bien jurídico. Sin embargo, el comportamiento humano es complejo, y hay muchos casos que demuestran la relatividad de estas precisiones. Por ejemplo; cuando alguien adelanta peligrosamente a otro vehículo o cuando tira un cigarrillo encendido a pesar de haber sido advertido, es consciente del riesgo y por ende de la posibilidad de dañar el bien jurídico, pero tiene plena confianza en que esto no sucederá.

En Perú, hay poca jurisprudencia y doctrina sobre el dolo eventual. Los jueces especializados, que han tenido que resolver casos utilizando el dolo eventual han optado por una o varias de las teorías existentes. Actualmente no existe una línea jurisprudencial definida que permita conocer la tendencia de los tribunales en este tema. Al examinar algunas resoluciones se puede constatar la amplia variedad de fundamentos sobre el dolo eventual, pero que no siguen una línea de criterio establecida o delineada. Lo cual, se exhibirá en el tercer capítulo de nuestra investigación; ergo, en el presente sub-acápite traeremos a colación el concepto que fijado en la sentencia recaída en el Exp. N° 3242-94 (el cual demuestra lo variopinto que se torna el panorama respecto a la fundamentación de esta categoría del dolo): “La conducta del agente es imputable a título de dolo eventual, puesto que, aunque el querer de este no estuvo referido directamente a producir la muerte de la agraviada, es evidente que pudo prever su producción y sobre esa base decidió efectuar el disparo”.

Podemos observar que, el dolo eventual se fundamenta a través de la previsión del resultado, por lo que podemos decir, que nos encontraremos frente a la teoría de la representación. En otro caso, se sostuvo lo siguiente (Ejecutoria recaída en el Exp. N°035-98 de la Corte Superior de Justicia de Arequipa):

Para que exista dolo eventual es necesario que el agente, al realizar la conducta lesiva, se haya representado seriamente la posibilidad del daño (elemento cognoscitivo del dolo) y que, a pesar de ello, se conforme con el resultado posible (elemento voluntario), aun cuando no quiera el mismo. La culpa consciente, por el contrario, exige en el sujeto la confianza en que el resultado; a pesar de su posibilidad, no se produzca.

b. Elementos subjetivos del tipo diferentes al dolo.

En términos generales, el aspecto subjetivo del tipo está compuesto por el dolo y no necesita de ningún aditamento adicional. Por lo tanto, algunos tipos legales exigen algo más que el dolo, requieren que en el agente se reúnan otros elementos distintos al mismo, para la realización del tipo. Estos elementos subjetivos son propósitos especiales

que el tipo penal exige para su configuración. Se entienden como aquellas intenciones que superan el deseo de realizar el tipo o querer realizarlo.

A diferencia del dolo, que está compuesto por dos elementos - como ya sabemos -, elemento volitivo y cognoscitivo; los cuales se presentan como propósitos especiales que van a caracterizar de manera más precisa, el elemento volitivo del dolo. Desde esta perspectiva, el sujeto activo se manifiesta intensificando el deseo de transgredir el bien jurídico o llevar a cabo el acto ilícito. Estos elementos complementan parte de la expresión del tipo legal, complementando al tipo base o justificándolo; tal como ocurre con el "fin de hacer uso momentáneo" o "con la finalidad de obtener ventaja indebida", propios del art. 187 y 199 respectivamente. O en los casos de justificación del tipo "facilitar u ocultar otro delito", "por placer" o "por piedad", de acuerdo con los artículos 108 y 112.

De acuerdo con Quintero (2000), esto puede llevar a cuestiones justificadas sobre el significado o el alcance que tienen dentro del tipo legal. Sin embargo, creemos que los elementos subjetivos presentes de manera específica en el tipo penal deben ser exigibles de manera inmediata. Dado que su ausencia en un hecho típico determinado nos llevaría a establecer la exclusión de la imputación a pesar de haberse cometido con conciencia y voluntad.

b.1. Tipos de tendencia interna trascendente (delitos de intención).

Sobre los delitos cuya parte interna requiere de una intención especial, intención que no forma parte de la estructura externa objetiva. En otras palabras, es la búsqueda de un resultado distinto al exigido típicamente; lo que nos permite entender que no es necesario para la consumación del delito. Pero que sirve para completar la comprensión del tipo.

Se pueden diferenciar en (02) dos tipos de delitos, primero tenemos: a) los delitos de resultado cortado, donde el agente busca un resultado que va más allá del tipo y que se producirá por sí solo – sin su intervención –, y consecuentemente. Según Villavicencio (2015), un claro ejemplo es el delito de rebelión “el que se alza en armas para cambiar la forma de gobierno” “deponer al gobierno legalmente constituido”, “suprimir o modificar el régimen constitucional”, según el artículo 346 del Código Penal Peruano. b) los delitos mutilados de dos actos, en donde la acción del agente sirve de vía o medio para la realización de una segunda acción. Respecto al punto último, mencionado en el párrafo anterior, sería lo prescrito en el artículo 108, numeral 2, del Código Penal, cuando a su

letra menciona “el que mate a otro (...) para facilitar u ocultar otro delito”. Así mismo el doctor García (2019) los conceptualiza puntualmente de la siguiente manera:

Los delitos penales de tendencia interna trascendente pueden, a su vez, dividirse en dos grupos. Por un lado, están los llamados *delitos mutilados de dos actos*, en los que el resultado ulterior se va a obtener con una acción posterior a la que apunta la primera acción. Por ejemplo, el delito de tráfico ilícito de drogas del segundo párrafo del artículo 296 del CP se configura con la posesión de drogas para, como acto posterior, su tráfico ilícito. Por otro lado, se encuentran los llamados *delitos cortados de resultados*, en los que el resultado ulterior lo debe producir la misma acción típica sin una acción ulterior. Por ejemplo, el delito de fraude procesal del artículo 416 del CP castiga al que, por cualquier medio fraudulento, induce a error del funcionario “*para obtener resolución contraria a ley*”. (p. 403)

b.2. Tipos de tendencia interna intensificada (delitos de tendencia).

En este tipo de delitos, el tipo describirá sólo un modo específico o un contenido particular de la voluntad del individuo. Por ejemplo, en el delito contenido en el artículo 8 numeral 3 del código penal que textualmente dice "el que mate a otro (...) con gran crueldad o alevosía". Será la voluntad del individuo la que atribuirá a la conducta delictiva un carácter de especial peligrosidad para el bien jurídico protegido.

Este agregado la tipo penal está referido a una conducta percibida por una valoración ético-social, ha sido objeto de muchas críticas. Llegando a considerarse, según Welzel, que estamos ante una inminente infiltración de un derecho penal del ánimo. Por lo tanto, su uso debe ser realizado con extrema precaución y no de manera indiscriminada. Debido a que se trata de elementos imprecisos, los cuales son susceptibles de una amplia interpretación, por lo que su uso excesivo puede generar serios problemas para la seguridad jurídica y/o atentar contra el bien jurídico honor.

c. Juicio de tipicidad y atipicidad.

En términos específicos, lo que podemos decir sobre el juicio de tipicidad es que es una tarea que lleva a cabo el juez - en su plano abstracto - para poder determinar si una conducta específica, reflejada en un hecho concreto, se ajusta al tipo penal que prescribe la ley. Esto se logra a través de una operación lógica de subsunción, mediante la cual se compara la conducta con la descripción típica. En los casos de ausencia de tipicidad - ausencia de imputación -, según Villavicencio (2015), supondrá la exclusión del delito y por lo tanto la negación del tipo penal.

Los supuestos de atipicidad tienen su origen en los criterios que se basan en la no atribución, o deberíamos decir, de argumentos que sostienen que una conducta determinada [no] se corresponde a lo previsto en la norma. Es así como, refiere el autor mencionado, que podemos identificar dos tipos de atipicidad, como preámbulo tenemos a la atipicidad absoluta, la cual implica la ausencia total de tipicidad de una conducta, dentro del texto penal. Existe una verdadera ausencia del tipo penal dado que la ley no considera dicha conducta como un hecho punible penalmente. Respecto a la atipicidad relativa, donde la conducta se ha tipificado como un hecho punible de antemano, pero en mi caso concreto no se logra una adecuación del tipo idónea, debido a que no cumple con las exigencias típicas que reclama el tipo penal. Y último, refiriéndose a su estructura propia del tipo, van a originarse situaciones de la tipicidad objetiva o atipicidad subjetiva las cuales veremos en los siguientes puntos:

c.1. Atipicidad objetiva.

También conocida como falta de imputación objetiva, hoy en día implica de manera general, la ausencia de algunas de las características del tipo en su aspecto objetivo. Por ejemplo, tenemos la ausencia de condiciones o cualidades requeridas al sujeto activo (delitos de infracción de deber), ausencia de condiciones requeridas al objeto del delito, como en el caso del robo de bien ajeno, propio del art. 185 del Código Penal Peruano.

c.2. Atipicidad subjetiva.

La atipicidad subjetiva, que es la falta de imputación subjetiva, implica la ausencia - por redundante que parezca -, de las características del tipo en su aspecto subjetivo. Un ejemplo claro es el error de tipo inevitable, por la ausencia de elementos subjetivos del tipo diferente al dolo. Por ejemplo, el caso del delito de fraude procesal, este solo se castiga cuando el agente actúa con dolo; habiéndose demostrado que los procesados fueron engañados para que dieran una declaración que no se ajustaba a la verdad, nos encontramos ante la ausencia del tipo subjetivo, es decir, que no hay delito al no permitir la figura indicada como culposa.

En el caso del artículo 132 del código penal vigente, que exige para su configuración la existencia del ánimo de difamar como tipo subjetivo en el agente, entendido este último como la intención de lesionar el honor ajeno, lo cual, por lo expuesto en los considerandos precedentes no se ha verificado en el caso sub-judice y cuya ausencia excluye la realización del tipo penal.

3.3. Antijuricidad

Presenta como idea inicial, una situación de conflicto entre la acción del agente y lo legalmente establecido. Dicho conflicto no se logra con la mera tipicidad de la conducta, sino que es necesario que ésta alcance un nivel de reprobación jurídica que permita afirmar su oposición en el ordenamiento jurídico-penal. Esta categoría perfila el injusto penal; quedando claro que los demás conceptos penales de antijuricidad e injusto vienen a tener correspondencia en la teoría del delito. En palabras de Roxin (1999), nos dice lo siguiente:

La antijuricidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal, mientras que por injusto se entiende al propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuricidad junto con su predicado de valor. (s.p)

Como lo señalan los doctores Gálvez y Rojas (2017), cuando nos hablan de la antijuricidad, nos indican que un comportamiento, acción, conducta o hecho es antijurídico cuando va en contra del ordenamiento jurídico; es decir, cuando el agente que lo lleva a cabo queda sujeto a una medida, consecuencia o carga negativa establecida por una norma jurídica específica. Esta carga puede consistir en la atribución de responsabilidad civil, penal o administrativa según la naturaleza del comportamiento y la norma jurídica en la cual está prevista su aplicabilidad.

Es cierto que esto no implica que el agente pueda quedar sujeto a la obligación de reparar el daño causado – propio de la responsabilidad civil, consecuentemente a sufrir una sanción administrativa, o estar sujeto a la imposición de una sanción penal. Cuando nos encontramos ante una acción típica, implica que dicha conducta cumple con el supuesto fáctico previsto en la norma penal, aquella cuyo fin ha sido previsto. Tratándose de un hecho que refleja la más intensa antijuricidad. Es por ello decimos que la tipicidad es el elemento indicario de la antijuricidad, pero que no brinda la certeza que se requiere para afirmar sobre la antijuricidad per se.

Sobre el punto antes desarrollado, no podemos afirmar que la conducta típica es antijurídica, pues el primero presupone – como lo hemos venido diciendo, un elemento de indicio. Para tener seguridad de ello, es necesario descartar las causales o causas de justificación, que desarrollaremos puntualmente.

3.3.1. Causas de justificación

Según Villavicencio (2015), las causas de justificación eliminan la antijuricidad, convirtiendo el hecho típico en lícito y conforme a derecho. Podemos reconocer que las

causas de justificación no son precisamente el problema, sino más bien el ordenamiento jurídico en general. Por lo tanto, el catálogo de las causas de justificación existentes podemos considerarlo como un catálogo abierto o lo que conocemos como *numerus apertus*, ya que el número de causas de justificación no es posible determinar. En consecuencia, podemos afirmar que no se encuentran completamente previstas en el artículo 20 del código penal; sino que pueden proceder de cualquier parte del ordenamiento jurídico manteniendo las normas típicas del código antes mencionado en una relación de complementariedad.

Como ya hemos indicado, para poder determinar con precisión la antijuricidad se debe descartar toda presencia de alguna causal de justificación; pues su mera existencia en el análisis del delito hará concluir que la conducta está permitida por el ordenamiento jurídico lo que en otras palabras podemos decir que no es antijurídica. Es evidente que existen intereses en conflicto entre sí, por lo que nuestro ordenamiento protege a uno de ellos sacrificando al otro. Ratificamos con este concepto del autor antes mencionado que las causales no son más que permisos de una conducta típica que se presentan en circunstancias donde resulta razonable su justificación. Entre ellas, tenemos a la legítima defensa, estado de necesidad justificante, el obrar por mandato legal o cumplimiento de un deber, por orden de autoridad competente, el ejercicio legítimo de un derecho y por último y no menos importante el consentimiento - sólo en los casos donde existe libre disposición del bien jurídico.

a. Legítima defensa.

No es más que la defensa necesaria ante una agresión ilegítima que no fue provocada suficientemente. Dicha, puede presentarse sobre la persona (legítima defensa propia) o sus derechos (legítima defensa impropia). En palabras de Jescheck y Weigend (2002), tiene su fundamento en la idea de que el derecho no permite soportar lo injusto, lo repele.

Menciona Villavicencio (2015), que esta causal tiene dos bases: *a) principio de protección individual o de autodefensa y b) principio de mantenimiento del orden jurídico*. Siendo el primero el aspecto individual de protección de los bienes jurídicos, es aquí donde la relación valorativa entre el bien jurídico protegido y el lesionado es totalmente irrelevante, dado que sólo importa la defensa contra la agresión antijurídica, de esto se colige que al que es afectado antijurídicamente no le será exigible que elevada la confrontación en determinados casos. Mientras que el segundo no es más que el aspecto supraindividual ubicado en el plano jurídico social, Siendo dirigida a la

afirmación del derecho en la defensa de terceros y a la restricción de la legítima defensa cuando no está orientada a afirmar el derecho. Entendiéndose así que el sujeto que se defiende de una agresión ilegítima no se protege contra el operación de sus bienes jurídicos, sino además se está impidiendo que se afecte al ordenamiento jurídico.

En el código penal, se encuentra prevista en el artículo 20.3 del CP. Es una acción llevada a cabo por una persona que ha sido víctima de una agresión ilegítima en la que se ha puesto en peligro alguno de sus bienes jurídicos de terceros o propios. Según Gálvez y Rojas (2017), esta defensa debe cumplir con algunos requisitos, como la necesidad racional del medio empleado para prevenir o repeler la agresión ilegítima y ejercer la defensa del bien amenazado. Normalmente se habla de proporcionalidad del medio utilizado para la defensa en relación al medio utilizado para el ataque o a la naturaleza o modalidad de la acción agresiva (sin embargo, dicha proporcionalidad deberá determinarse de acuerdo a las circunstancias especiales que rodean el hecho concreto); al mismo tiempo que la doctrina considera que la defensa debe ejercerse en el momento de sufrir el ataque, es decir, que debe existir actualidad en relación.

Fue un tema crítico, el trabajo normativo para poder mitigar las dificultades sobre la proporcionalidad de los medios utilizados en virtud de la legítima defensa. En función se consideran los aspectos relacionados como la intensidad y la peligrosidad de la agresión, en esencia la forma de actuar del agresor y los medios de los cuales éste haga uso.

b. Estado de necesidad justificante.

Encontramos esta causa de justificación en el artículo 20.4 del Código Penal, que se configura como una afectación a un bien jurídico u objeto penalmente protegido con el objetivo de salvaguardar un bien jurídico propio o de terceros que se encuentren en un peligro o riesgo actual e inminente de lesión o cualquier forma de afectación. Con esta lesión, el agente logra proteger el bien jurídico propio o de algún tercero; siendo que para que dicha acción salvadora prospere como causa de justificación, se requiere de los siguientes requisitos:

Según Gálvez y Rojas (2017), son (...) que la afectación o ataque al bien de tercero sea la única forma de salvar el bien puesto en peligro o riesgo; que el bien salvado sea de mayor valor o jerarquía que el afectado, o que por la intensidad del peligro o riesgo de afectación del bien protegido, el interés afectado (atacado con la acción defensiva) resulte de menor valor conforme a las circunstancias específicas (aun cuando en general, este último interés pudiera ser de mayor valor, no obstante, la magnitud de su afectación

resulta menor en relación al interés protegido); asimismo, debe emplearse un medio idóneo para vender el peligro (conforme a las circunstancias), de tal modo que no se cause una afectación superior a la estrictamente necesaria para conjurar el peligro y poner a salvo el interés protegido.

c. Obrar por mandato legal o cumplimiento de un deber.

Actualmente se encuentra en el art. 20.8 del Código Penal, este se presenta cuando el agente lleva a cabo ciertas acciones que implican la afectación de algunos bienes jurídicos - destacamos el más importante -, como la libertad. Se trata principalmente de funcionarios o servidores públicos que actúan ejerciendo la coacción estatal a través de la cual se materializan las coacciones, privación de libertad, allanamiento de morada, etc.

Aquí es donde se requiere que el cumplimiento del deber se realice dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico, de lo contrario, podría catalogarse como un acto revestido de arbitrariedad que, en lugar de configurar como una causa de justificación, sería una circunstancia agravante de la acción típica respectivamente. Al actuar bajo mandato legal o cumplimiento de un deber, aun cuando la conducta realiza el tipo penal, estará justificado por la existencia de la orden o deber legal, que destierra la antijuricidad de la conducta típica.

d. Por orden de autoridad competente.

Se encuentra previsto en el art. 20.8 del Código Penal, y no es más que la realización de un acto típico, por parte de una persona subordinada a otra, acatando una orden impuesta por el superior. De aquí se infiere, que estamos ante la presencia de dos agentes, el primero facultado para impartir órdenes y otro que obedece y ejecuta la orden. Así según Gálvez y Rojas (2017), se presenta un nivel de jerarquía entre ambos. Fundamentándose en mandatos legales o reglamentarios obligatorios. En palabras de Jescheck y Weigend (1995):

El deber vinculante de los mandatos obligatorios no depende de su legalidad o incluso de su adecuación al fin perseguido, sino que sigue sus reglas propias que emanan de la división de funciones entre los órganos que mandan a los y los que obedecen. (p. 422)

El mandato debe evidenciarse por ser conforme a derecho, ello es, tratarse de una orden con presunción de veracidad, formal y materialmente. Lo que significa que debe quedar claramente fija la competencia del órgano o persona que realiza la orden, así como la observancia de la forma prescrita por la ley.

e. Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Al igual que las demás causales de justificación, también se encuentra en el mismo articulado del Código Penal, en donde la acción se dirige dentro del ejercicio de un derecho reconocido por una norma extrapenal, tales como el Código Civil, u otras normas conexas. El ejercicio del derecho debe ser legítimo, consolidándose dentro de los límites autorizados por el derecho; siendo cualquier exceso del mismo, motivo suficiente para negar dicha causal de justificación. Un ejemplo claro ubicado en el Código Civil, es el del matrimonio contraído por menores de 16 años (manteniendo relaciones sexuales consentidas), el cual, antes de su modificación, era considerado como violación sexual de menor presunta. Gálvez y Rojas (2017), mencionan que:

Respecto al ejercicio de un oficio, profesión o empleo, el agente es portador de deberes especiales que no puede infringir, como es el caso de los médicos y abogados respecto a la información a la que accedan a través de su ejercicio profesional; como por ejemplo el médico psiquiatra o abogado, que además, es policía y se informa a través del ejercicio profesional de que su paciente o defendido (en un determinado caso), se dedica al tráfico ilícito de drogas, por lo que por su calidad de Policía está en la obligación de denunciarlo, y de no hacerlo incuraría en la realización de la acción típica del delito de omisión de denuncia o de un eventual encubrimiento; sin embargo, en virtud de esta causal de justificación, su conducta no será antijurídica así como tampoco delictiva, por el contrario, configura una actuación conforme a Derecho, al estar amparado por el derecho de secreto profesional. (pp. 222-223)

f. Consentimiento.

En este supuesto, donde el titular del bien jurídico permite la afectación del mismo; la característica particular de esta causa de justificación se encuadra dentro de la posibilidad de disposición del bien jurídico, sin reserva alguna. Solo cuando exista alguna reserva o condicionamiento, la conducta será típica, pero no procederá afirmar su antijuricidad. Según Gálvez y Rojas (2017), en el caso que estuviera permitida la disposición, pero con alguna restricción, reserva o condicionamiento, la conducta será típica, pero no se podrá afirmar la antijuricidad, en tal caso estaremos ante una causa de justificación; en estos casos, se sostiene que lo que determina la tipicidad de la conducta es el menoscabo al propio objeto de protección, por encima de la capacidad de disposición del titular del bien jurídico.

En el código penal de 1991 se prevé en su artículo 20, numeral 10 al consentimiento como una causa de exención de responsabilidad penal. Pero en el

anteproyecto de la parte general del código penal del 2004 mantiene la misma fórmula. En la dogmática penal los fundamentos de su efecto excluyente de responsabilidad han sufrido cambios o en términos concretos, una evolución como causa de exclusión de la tipicidad y de la antijuridicidad. Entre la posibilidad del individuo que consiente la afectación de sus bienes jurídicos, en cuanto o sea parte integrante de su libertad de autodeterminación; y el bien jurídico protegido colisione con sus intereses. El consentimiento como causa justificante se entendería, solo cuando la libertad del individuo para disponer sus propios bienes jurídicos resulte más relevante.

Villavicencio (2015) menciona que en la doctrina mayoritaria se ha identificado que el consentimiento tiene una doble eficacia: el consentimiento como excluyente de la antijuridicidad y como excluyente de la tipicidad. El primero, se denomina consentimiento propiamente dicho, aquel que eliminará la antijuridicidad en los casos que la víctima tenga lugar en los hechos que atacan al bien jurídico del que puede disponer su titular; no obstante, dicha lesión no desaparecerá por virtud del consentimiento. Siendo el consentimiento, una causa de justificación; como en el caso del que daña destruye o inutiliza una cosa con el consentimiento de su propietario. El segundo aspecto denominado acuerdo, la explosión de la tipicidad, se dan casos en los que el tipo legal presupone un obrar contra o sin la voluntad del afectado bastando sólo la capacidad natural para consentirlo. Verbigracia, en el caso de una violación de domicilio el que permanece ahí rozando la intimidación que le haga a quien tenga derecho a formularla.

Es increíble mencionar la existencia de una tendencia que entendió el consentimiento sólo como excluyente de tipicidad por lo que excluye la imputación objetiva denegando la distinción entre 2 instituciones que tengan diferentes funciones en imputación penal. Afirmando así la concreción de una figura unitaria del consentimiento como excluyente del desvalor del resultado y con él el desvalor de la acción. En palabras sencillas esta teoría para considerar que cuando el bien es disponible se trata de proteger el ámbito del dominio de titular; en los casos en que concurre un consentimiento consciente y libre, no habrá necesidad de intervención del derecho penal, quedando fuera del ámbito de protección de la norma y con ello se excluye la imputación objetiva. Toda vez que la libre determinación del titular tendrá mayor preponderancia sobre el interés social en la conservación del sustrato material por lo que consideramos que esta es la posición más aceptable.

CAPÍTULO II

DELITOS CONTRA EL HONOR, PARTICULARIDADES SOBRE LA DIFAMACIÓN AGRAVADA Y EL DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LOS ANIMUS

CAPITULO II

Delitos contra el honor, particularidades sobre la difamación agravada y el desarrollo de la teoría de los animus

Con el propósito de adentrarnos al análisis y crítica de la construcción típica del delito de difamación agravada -materia de estudio-, es menester, antes, sentar bases generales respecto al concepto “honor” desde un enfoque gramatical, histórico y jurídico (tanto como derecho de la persona, así como bien jurídico penalmente protegido), desentrañando su naturaleza, contenido esencial y explicando la etiología de su tutela en el Derecho positivo.

1. El honor en sentido lato

1.1. Etimología y definición

Corominas (como se citó en Angulo, 2021), en el contenido de su diccionario registra que, en español, la palabra honor, proveniente del latín *honores*, surge en el Siglo X, en el año 1140; asimismo, expresa que este es entendido como derivado de honrar, del latín *honorare*, y de honrado, honradez y honra.

El concepto honor “(...) deriva del latín *honorem*, que tiene la misma raíz de *honestus*. El hombre honrado es el *integer vitae scelerisque purus* (de vida íntegra y limpia de maldades) (...)” (Amaya, 2005, p. 23). Por su parte, Pérez y Corominas (como se citó en E. López, 1996), sostienen que “(...) el témino honor viene del término ‘*ainos*’ que en griego quiere decir alabanza, y es uno de los medios que tiene el hombre para manifestarse públicamente y socialmente” (p. 49).

Pitt-Rivers (como se citó en Angulo, 2021), sobre la etimología del honor, basándose en el contexto histórico, sostiene que:

(...) se aplicó a las concesiones de tierra o al privilegio de la leva de impuestos cedidos por un soberano a favor de sus servidores y partidarios sobresalientes. Por tanto, el favor real no solo era la ‘fuente del honor’ como mantuvieron después muchos teóricos de la política, sino literalmente el origen de la palabra. Como era de esperar, se alcanzaba el honor, sobre todo, por proezas militares; y originalmente no solo concedía dignidad social, sino también ventajas económicas. (p. 515)

Sin perjuicio de lo anotado, es sabido que, pretender establecer una definición estable o convencional del honor es una tarea compleja, dado que, como bien sostuvo Cesare Beccaria -allá por el siglo XVIII- (como se citó en O Callaghan, 1991): “la palabra honor es una de aquellas que ha servido de base a dilatados y brillantes

razonamientos sin fijarle alguna significación estable y permanente” (p. 37); si bien, Beccaria no se refería a un sentido jurídico de honor, sino a su idea social -de la sociedad de aquel tiempo-, no obstante, es realmente interesante resaltar que, desde ese entonces, se advertía la dificultad de su configuración conceptual. Al respecto, Marín (2000) arguye que, la dificultad para proporcionar una definición del honor se debe a tres factores: se trata de un concepto (i) prejurídico, (ii) circunstancial y (iii) relativo; primero, es prejurídico porque, originariamente, el honor es una construcción social y no propia del Derecho; segundo, es circunstancial porque le afectan las situaciones que le hacen de contexto; y, tercero, es relativo porque varía con el tiempo.

Por tal motivo, se considera oportuno anotar, brevemente, el desarrollo histórico por el cual ha atravesado el honor hasta su reconocimiento jurídico normativo valorativo, en el presente.

1.2. Antecedentes históricos

Quintano (como se citó en Amaya, 2005), respecto al honor, se refería -de forma genérica- a su falta de exactitud y a las muchas circunstancias políticas y sociales, tiempo y espacio (historia), entre otros, en que sus significados se podían originar y desarrollar, sosteniendo lo siguiente:

El honor máximo en la Grecia clásica, el único merecedor de estatuas icónicas en el santuario de Olimpia, era el de vencer en las carreras; en la Roma Republicana, morir por la patria; en la Edad Media caballeresca, el riesgo por el riesgo mismo; en la mística, el servicio de Dios; en las monarquías absolutas, el del Rey, y así sucesivamente. Igual o mayor relativismo en los estratos sociales, aun en nuestro días de democrático igualitarismo, no siendo idénticas las escalas de los valores vigentes, para un militar que para un sabio, un juez, un artista o un deportista. (pp. 24-25)

Lo referido por Quintano no pierde razón, pues, bien se conoce que todo grupo humano socialmente organizado crea distinciones, méritos y escalas valorativas entre las personas que lo conforman. Por tal motivo, Roy (1989) afirma que la importancia individual y social del honor se desarrolla paralelamente con la que se le otorga vida misma y a la libertad. “Y, efectivamente, tiene mucha razón, pues bien puede decirse que el honor, antes de constituirse en bien penalmente protegido, en todas las sociedades parece haberse constituido en un bien social” (Angulo, 2021, p. 23).

Desde la época humana primitiva, el honor se habría desarrollado como una expresión colectiva de amor propio. El denominado ‘prestigio’, en la antigüedad, habría

nacido alrededor de la sobrevivencia y el éxito con el uso de la fuerza, sea en la caza o en el combate, lo que otorgaba una buena reputación dentro y fuera de los clanes o grupos, que daba ventaja para celebrar alianzas o evitar contiendas. Los actos de fuerza enérgica que expresan vitalidad, valor y orgullo generaban prestigio o buena reputación, pues, se trataba de sociedades que debían sobrevivir en permanentemente lucha y competencia en aras de la conservación del grupo; como parece evidente, dichas acciones eran propias de los varones (Angulo, 2021).

En la Roma antigua, sostiene Vazquez (1995), el honor y la virtud eran considerados valores sociales de mucha importancia, tal es así que, los romanos llegaron a tener -en mérito al honor- sus propias personificaciones entre las divinidades que recibían veneración. “En el derecho ático el acusador mendaz podía ser condenado a la misma pena que hubiese correspondido al acusado (...) la regulación romana fue minuciosa en este tipo de acciones valoradas como delictivas” (Vazquez, 1995, p. 15). Vale decir que, no todas las personas gozaban de poseer honor de forma igualitaria, pues se trataba de sociedades patriarcales y demasiado verticalizadas donde existían los amos y los esclavos, siendo que, el derecho solo era favorable a los *pater familias* (Angulo, 2021).

La verticalidad se mantuvo aún en la Edad Media, refiere Angulo (2021), ubicando a los reyes, señores y demás cabezas coronadas en la cúspide, mientras los siervos y villanos carecían de todo tipo de reconocimiento formal, tanto así que, la propia condición de la clase baja era sinónimo de desprecio en los reinos. Por ejemplo, se verificó que, en la España medieval el honor se reconocía alrededor de la nobleza, la milicia y la religiosidad, y según los estratos sociales. Dicha época, sostiene Huizanga (1945), “estuvo compenetrada con el pensamiento regligioso, la vida alrededor de las cortes y el redescubrimiento de la antigüedad. (...) El ideal caballeresco (...) se desenvolvió como deliberada imitación. Y el honor surgió de la valentía o de la soberbia estilizada y sublimada” (pp. 98-99). El honor, entonces, se cristaliza en el medievo como cuerpo de la conceptualización y casi apropiado a una clase social, convirtiéndose -en palabras de Burckhardt (como se citó en Angulo, 2021)- en “tema y divisa”, además, se lo individualiza; no obstante, el honor grupal o colectivo no desaparece ni se deja de poseer por los no caballeros, aunque, adoptando otra nomenclatura. Al respecto, Vazquez (1995), sostiene:

No podemos olvidar que el concepto honor apareció ligado estrechamente a los supuestos estamentales de la sociedad monárquica, básicamente no igualitaria y

dentro de la cual el tratamiento de los individuos se efectuaba en razón de su ubicación social y no de sus méritos particulares. Así, el honor como tal, aparecía como un tributo del rey y descendía de él hacia la nobleza y clero superior, pero en manera alguna alcanza a los plebeyos. (p. 16)

Durante la Edad Moderna, en las colonias -sobre las que los grandes imperios expandieron su poder y dominio- numerosas poblaciones bajo la condición social de vasallos o plebeyos tampoco disfrutaron del honor y les era prácticamente imposible ascender de forma adecuada en la sociedad, debido a sus razas. El honor oficial o formalizado era uno revestido de alegorías propias de la nobleza de sangre y hereditaria, más si se tenían en posesión feudos y vínculo con el Rey, también, se desarrollaba en torno de las guerras y los ideales caballerescos, alejado de los plebeyos. Porción mayoritaria de la población en lugar de honor gozaban de la ‘fama’ por ser destacados en alguna actividad u oficio; el honor y la honra que reflejaban los ciudadanos de a pie se fundamentaban en el cumplimiento de la palabra, de una adecuada vida cristiana, del recato, de la obediencia (en el caso de las hijas) y de la valentía o proezas en las batallas (en los varones), por toda recompensa se generaba respeto y buen nombre que los demás reconocían (Angulo, 2021).

En la Edad Contemporánea, con la burguesía -naciente clase social que ocuparía el lugar de la añeja aristocracia feudal devastada- todavía no se establecía un concepto de honor universal, es decir, en favor de todos, así lo expresa E. López (1996): “en el siglo XIX, donde la clase social dominante era la burguesía, no existían un criterio objetivo del honor (referido a todas las personas), sino diferentes clases de honor que representaban diferentes clases de prestigio personal y social” (p. 43); como resultado de ello, refiere el mismo autor, el honor se perdía en función de la cultura social y en determinados grupos. En ese mismo tenor, Peña (2011) sostiene que:

(...) solo aquellos que contaban con un reconocimiento social significativo, en virtud de una posición social o política expectante, eran sujetos que podían ser tutelados en su ‘honor’, donde las mismas valoraciones sociales, en cierto modo, decidían quiénes podían gozar de ciertos estatus, de ser estimados como personas honorables, parte de una construcción prejurídica. (p. 237)

Con el pasar del tiempo, afirma Angulo (2021), fueron las revoluciones sociales y la humanidad -después de las guerras- las que promovieron las Declaraciones de los derechos del hombre y luego los tratados de Derechos Humanos, desde una visión de occidente, los que detectaron la necesidad de reconocer de forma igualitaria el honor a

todas las personas de modo casi universal. Gracias a ello es que, hoy, se puede afirmar respecto al honor, en palabras de Marciani (2004):

(...) el derecho en cuestión ha dejado de ser un derecho que tutela los intereses de cierto grupo social privilegiado, y que deriva de las relaciones de reconocimiento social basadas en ideas de clase, nobleza, etc., para proteger actualmente a cualquier sujeto, independientemente de su condición social y aún de su estilo de vida, frente al escarnio o la humillación de que pudiera ser objeto. (p. 220)

Es así que, se da origen a la denominada “democratización o socialización del honor” lo cual significa, en términos de Quintano (como se citó en Amaya, 2005), que el honor “(...) se ha convertido en una faceta de la personalidad que corresponde a todo hombre por el mero hecho de serlo. El honor es parte de la integridad moral, y es con esta un postulado de la conciencia moderna (...)” (p. 31), asimismo, refiere que ello simboliza el vencimiento a las ideologías totalitarias que procuraron despojar al individuo de la titularidad personal del honor para hacer de él una especie de patrimonio racial. La democratización del honor, dice Angulo (2021), “(...) es el hecho histórico que aconteció a fines del siglo XX, terminada la segunda guerra mundial y con la Declaración de los Derechos Humanos” (p. 30). Ante esta nueva concepción del honor -proveniente de los tratados de Derechos Humanos, que definía la condición de todas las personas de un nuevo modo- es que se considera la necesidad de una reformulación, en tal sentido, E. López (1996), postula que:

En nuestros días es necesario reformular el concepto de honor, desligándolo de los prejuicios clasistas del siglo XIX, ya que el honor como patrimonio de una clase burguesa se contrapone, en la actualidad, a la idea de que es un concepto general que está en todas las clases y en todas las culturas. (p. 44)

1.3. Naturaleza del honor

Sobre la naturaleza del honor, Angulo (2021) sostiene que “el honor, es ciertamente un concepto, un valor social y un bien jurídico (...)” (p. 34).

En su naturaleza conceptual, refiere el mismo autor, el honor aparece de forma complicada, compleja e inasible, máxime si en las áreas en las que se debe conceptualizar o definir son diferentes en cuanto a sus fines y naturaleza. El honor como valor social se manifiesta de modo real, valorado por unos, pero descuidado por otros, incluso, hasta despreciado; sobre el particular, Munné (1979) afirma que “los valores sociales informan las pautas ideales de un grupo o sociedad; los modos ideales de pensar y comportarse de sus miembros (...)” (p. 93).

En cuanto a su naturaleza jurídica, al honor se le entiende como un derecho; hoy, a nivel internacional aparece como parte de los Derechos Humanos; en lo constitucional, como derecho fundamental; en lo civil, como derecho personalísimo; y, en lo penal, como bien jurídico protegido o tutelado (Angulo. 2021).

2. El honor como derecho de la persona

Con la democratización del honor surge el deber de los Estados de recoger al honor y reconocerlo en sus constituciones como un derecho fundamental, es por ello que, como refiere Angulo (2021), el honor en las constituciones se convierte no solo en un derecho constitucional, sino más aún en un derecho fundamental, y ello es así por cuanto con los demás derechos así considerados, y en lo político, se convierte en: “fundamento del orden político y de la paz social” (Caballero, 2007, p. 23).

2.1. Fundamento y contenido del derecho al honor

“Si bien hemos apreciado que definir al honor es una labor sumamente compleja, otra complejidad está dada en relación a su contenido, tanto desde lo apreciado socialmente como lo defendido jurídicamente” (Angulo, 2021, p. 32). En esa línea de ideas, el Tribunal Constitucional de España (como se citó en Caballero, 2007) ha sostenido que “el contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y, en definitiva, (...) ‘dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento’ (...) (STC 223/1002, de 14-12, F – 3º)” (p. 23). Por su parte, el Tribunal Constitucional de Perú (en adelante “TC”), en ese tenor de ideas, en la Sentencia del Exp. N.º 4099-2005-AA/TC, ha sostenido, que:

(...) parece necesario construir un concepto de honor que sea lo más objetivo y razonable posible y que permita, al mismo tiempo, una grado de tutela compatible con los demás valores y principios del Estado Democrático. (...) Si bien no puede negarse que el concepto o las concepciones sobre el honor están íntimamente vinculadas a la cultura, las creencias y convicciones de un tiempo y un lugar determinados, también es verdad que el Estado Constitucional, al objetivar un modelo de organización social y político, establece unos parámetros mínimos donde el operador jurídico debe tratar de construir un concepto de honor que, partiendo de la dignidad humana, sea compatible también con los valores como la igualdad, la libertad y los demás valores sobre los que se asienta el modelo político del Estado constitucional y democrático. (Tribunal Constitucional de Perú [TC], 2005, f. j. 4)

No obstante ello, el propio TC, en la *Sentencia del Exp. N.º 3362-2004-PA/TC*, ha establecido, respecto al derecho al honor, que “(...) sobre la base de la dignidad humana, es la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación” (TC, 2006, f. j. 14.b, p. 17). Asimismo, respecto al contenido del derecho en comento, se puede sostener que:

El derecho al honor forma parte del elenco de derechos fundamentales protegidos por el inciso 7) del artículo 2º de la Constitución, y está estrechamente vinculado con la dignidad de la persona; su objeto es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva. (TC, 2003, Sentencia del Exp. N.º 0446-2002-AA/TC, f. j. 2, p. 2)

2.2. Regulación normativa nacional e internacional

El derecho al honor en el Perú posee un reconocimiento, promoción y protección sobre la base de cuatro bloques jurídicos. El primero de ellos, el bloque o nivel de los tratados internacionales, que le asignan la naturaleza de derecho humano y que, en la jurisprudencia internacional, es considerado como valor y principio; el segundo nivel, es el constitucional, reconocido con el rango de derecho fundamental y, bajo ciertas condiciones, límite de las libertades de expresión e información; finalmente, los niveles tercero y cuarto están constituidos por el Derecho Penal positivo (con su regulación y protección como bien jurídico en el código penal) y el Derecho Civil positivo (con su regulación como derecho de la persona en el código civil), respectivamente (Angulo, 2021).

2.2.1. Sistema Internacional de Derechos Humanos

La tutela del honor desde el Sistema Internacional de Derechos Humanos se efectúa a través de la Carta Internacional de protección de los Derechos Humanos; dicha carta está conformada por la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante “DUDH”), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”) y sus protocolos facultativos (también lo compone el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pero no resulta útil para los fines del presente estudio).

La DUDH (1948) regula, en su artículo 12, que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques

a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. La misma regulación -literalmente- se encuentra esgrimida en el PIDCP (1966) artículo 17, respecto al honor.

2.2.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el Sistema Interamericano el reconocimiento y protección del honor se dio a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), celebrado en Bogotá – Colombia, la cual, en su artículo V, prevé: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.

Asimismo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), también conocida como Pacto de San José, se tiene a bien regular y tutelar -con mayor detalle y desarrollo- al honor y la reputación, en su artículo 11, denominado “Protección de la Honra y de la Dignidad”, en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Sobre la utilización del concepto “honra” y no de “honor” por parte de quienes promulgaron estos documentos internacionales, Angulo (2021), sostiene que:

Como bien se aprecia, en la conciencia de quienes elaboraron el documento, la honra aparece vinculada a la dignidad humana; y se entiende que su respeto, consideración y posibilidades de reclamo y defensa, vendría a ser consencuencia directa del reconocimiento de la primera. Es decir, el honor de la persona, se corresponde con la honra, esto es el honor que se le debe. Ello es una de las acepciones de honra. Otra idea es el propio sentimiento de estima que reclama la honra, como respuesta. A él también se le denomina honra. Y finalmente hay quienes hablan de honra como sinónimo de honor. (p. 74)

2.2.3. Derecho constitucional y las constituciones peruanas

Históricamente, fue la Constitución Política del Perú de 1860 la pionera en reconocer al honor, en su título IV que trataba sobre las garantías individuales, regulando: “La Ley protege al honor y la vida contra toda injusta agresión” (Congreso de la

República, 1860, art. 16). De tal regulación se desprende el privilegio o valor que se le reputó al honor, considerándose igual de valioso como la propia vida. Años más tarde, la Constitución Política de la República de 1867, no reconoció el derecho al honor en su contenido, como sí lo hizo la Constitución para la República del Perú de 1920, al regular el honor en su título II como garantía nacional, estableciendo: “La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión (...)” (Asamblea Nacional, 1920, art. 21). Posteriormente, por temas políticos no permitieron que se persista en la protección del honor en la Constitución Política de la República de 1933 (Angulo, 2021).

En 1979, para la reforma constitucional en Perú se tuvo como fiel referencia la Constitución de España de 1978, la cual sí concebía al honor como derecho de la persona, por ende, la Constitución Política del Perú de 1979 reguló que toda persona tenía derecho: “Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” (Asamblea Constituyente, 1979, art. 2, inc. 5). La misma tendencia tuvo nuestra vigente Constitución Política del Perú de 1993, la cual reconoce que toda persona tiene derecho: “Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” (Congreso Constituyente Democrático, 1993, art. 2, inc. 7).

Ahora bien, encontrándose reconocido el honor como derecho constitucional, es oportuno afirmar que este derecho es tutelable a través del Derecho Procesal Constitucional, mediante la Acción de Amparo, proceso y garantía constitucional regulado por el art. 200, inc. 2, de Constitución Política del Perú de 1993 y por el art. 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, mecanismo al cual se recurre cuando se atenta contra el derecho al honor por parte de alguna autoridad o cuando esta, de modo ilegal, hubiere denegado justicia en la misma materia en un caso bajo su conocimiento; pero también se puede demandar a cualquier ciudadano que afectara el derecho. Vale precisar que estos procesos se inician en los juzgados civiles del país, pudiendo el TC llegar a intervenir y conocer la materia, en última y definitiva instancia, en caso de denegación.

La tutela del honor dentro del fuero procesal constitucional se presenta, usualmente, cuando existe conflicto entre derechos fundamentales o humanos, debatiéndose los métodos para llegar a soluciones si efectivamente ocurrió -o no- tal conflicto de derechos (Angulo, 2021).

2.2.4. Derecho civil peruano

El honor, en el campo del Derecho Civil actual, ha sido reconocido por el Código Civil de 1984, en su Libro I, Sección Primera (sobre Personas Naturales), Segundo título

(sobre Derechos de las Personas), previendo: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria (...)” (Código Civil Peruano, Decreto Legislativo N.º 295, 1984, art. 5). Como se verifica en la norma, el honor resulta una expresión de la propia dignidad humana, de manera que, la ley ha limitado o restringido a la voluntad humana a disponer de dicho derecho, otorgándole la cualidad de irrenunciable y no cedible. El propio Código, en su artículo 15, señala que la imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas por tecereos sin su autorización o de la de sus herederos, salvo que dichos actos se justifiquen por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñó, por hechos de interés público o razones de índole científica, didáctica o cultural, no rigiendo estas excepciones si es que con la acción se atentara contra el honor o la reputación de la persona de quien se trate.

Ante la violación de cualquiera de los derechos de la persona esgrimidos en el Código (entiéndase al honor dentro de dicho catálogo de derechos), el agraviado o sus herederos están facultados de accionar para exigir el cese de los actos lesivos, regula el artículo 17 de la norma civil en referencia. Es preciso acotar que, la acción civil por responsabilidad extracontractual (indemnización por daños) es válidamente aplicable ante casos de atentados contra el honor de cualquier persona titular de este derecho, debiendo, esta última, probar objetivamente los daños ocasionados, a fin de que su pretensión indemnizatoria sea atendida conforme a Derecho.

2.2.5. *Derecho penal peruano*

El Perú, durante su historia, se ha regido -formalmente- bajo tres Códigos Penales (de los años 1863, 1924 y 1991), los cuales han brindado protección al honor regulando los llamados “Delitos contra el Honor”. El primero de ellos, el Código Penal de 1863 -en sintonía a la Constitución Política del Perú de 1860, vigente en ese periodo, (la pionera en reconocer al honor)- dentro de su Libro Segundo (“De los delitos y de sus penas”), Sección Novena (“De los delitos contra el honor”), Título Único (“De las injurias y calumnias”), artículos 281 al 292, ha previsto la regulación penal de esta clase de delitos, bifurcándolos solo en dos tipologías, como son la injuria, consistente en deshonrar, desacreditar o menospreciar a otro, por medio de palabras, escritos o acciones (la ley penal distinguía entre injuria grave y leve); y la calumnia, que consistía en imputar falsamente a otro un delito en que tenga obligación de acusar el Ministerio Fiscal, o delitos o faltas cometidos por empleado público en ejercicio de sus funciones. Respecto a la pena, el delito de injuria se castigaba con pena de reclusión y multa, mientras que el

de calumnia, solo con pena de reclusión, pero con mayor grado de severidad. Se precisó en la propia ley que la acción acusatoria por tales delitos era exclusiva del ofendido, siempre y cuando se encuentre en vida, pues, en caso de morir, la acción podía ser ejercida solo por sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, y el heredero, si fuere trascendente la ofensa hacia ellos. Asimismo, la norma regulaba la posibilidad de exención de pena al culpable de calumnia o injuria, cuando el ofendido lo hubiere perdonado. Vale decir que, no se consideró, propiamente, el delito de difamación, como sí lo harán los otros dos Códigos sustantivos posteriores.

En el Código Penal de 1924 -bastante influencia por el Código Penal uruguayo- y al amparo del mandato expreso previsto en la Constitución para la República del Perú de 1920 -consistente en que “La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión (...)”-, tuteló al honor dentro de su Libro Segundo (Delitos), Sección Segunda (denominada “Delitos contra el honor”), artículos 186 al 195, regulando la trilogía penal de calumnia, consistente en acusar o denunciar a otro ante un autoridad imputándole un hecho punible determinado, a sabiendas de que la imputación es falsa o sin que existiera motivo que permitiere creer prudentemente en ella; difamación, consistente en atribuir a una persona o a una corporación un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar el honor o la reputación de la primera o de las personas que componen o representan a la segunda, realizando la conducta ante varias personas reunidas o separadas pero de manera que pueda difundirse la noticia, o en documento público, o por medio de impresos que no sean diarios o periódicos, o con escritos caricaturas o dibujos de cualquier género divulgados o expuestos al público); e injuria, consistente en ofender o ultrajar a una persona, de cualquier manera, con palabras, con gestos o por vías de hecho). Respecto a la pena, la difamación y la injuria eran castigadas con prisión o multa, con mayor severidad para la primera; y la calumnia, solo con pena de prisión, siendo esta la más gravosa de las tres (prisión no mayor a dos años). La acción, de acuerdo a ley, continuaba siendo privada, esto es, a título exclusivo del ofendido y de sus herederos, en caso se haya ofendido la memoria de este al morir, estos últimos tenían la facultad de deducir o continuar el proceso ante el deceso del titular del derecho.

Finalmente, tenemos a nuestro Código Penal de 1991 -vigente- el cual, con arraigo a la Constitución Política del Perú de 1979, también concibió al honor como bien jurídico protegido, en su Libro Segundo (“Parte Especial Delitos”), Título II (denominado “Delitos contra el Honor”), Capítulo Único (“Injuria, calumnia y difamación”), artículos 130 al 138, protegiéndolo también a través de las mismas figuras

delictivas en forma tripartita, pero en diferente orden, consistente en injuria, calumnia y difamación, tipos penales que serán desarrollados -puntualmente- en líneas *infra*, con especial atención en el de difamación (en su modalidad base y agravada). No obstante, es válido precisar que, salvo la modificación de la definición de la calumnia, las descripciones de la injuria y de la difamación siguen siendo las mismas. Asimismo, dos cambios notorios fueron efectuados, el primero concierne la exclusión de las personas jurídicas y corporaciones como víctimas de difamación y, el segundo, la incorporación de dos circunstancias agravantes relativas también a este delito, consistentes, por un lado, en la imputación de un hecho delictuoso falso y, por otro, a la comisión por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social (esta última por mandato de la Constitución). Respecto a la sanción penal, hubo variación en comparación a la anterior regulación, pues, para el delito de difamación se ha previsto pena privativa de la libertad y multa, tanto para modalidad simple y agravada, para la injuria la sanción es prestación de servicio comunitario o multa, y para la calumnia, debido al cambio de su contenido, solo se reprime con pena de multa. El legislador, al igual que en regulaciones previas, tuvo a bien mantener la naturaleza privada del ejercicio de la acción penal a título del ofendido, pudiendo trasladarse tal facultad -de promover o continuar con la acción penal- al cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, en caso de fallecimiento, muerte presunta o declaración judicial de ausencia o desaparición del titular del derecho.

Sobre la regulación y protección del honor por el Derecho Penal positivo, Roy (1989) refiere que:

(...) la ley penal, en cumplimiento de las exigencias planteadas por el congregado social, necesita proteger al hombre frente a la agresión que significa la comisión de aquellos delitos que lo ofenden de manera directa e inmediata en su personalidad; es decir, que ofenden al hombre nada menos que en el meollo de las cualidades apreciadas como valiosas por la comunidad y que no se concretan en las que tienen exclusivamente una dimensión moral. (p. 422)

2.3. Conflicto entre el derecho al honor, a la información y a la libertad de expresión

Con el fin de adentrarnos al estudio específico del honor como bien jurídico protegido en el Derecho Penal, es clave desarrollar -como una especie de antesala- los alcances del Acuerdo Plenario N.^o 03-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006, emitido por los jueces vocales penales integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, reunidos en Pleno Jurisprudencial,

de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós y ciento dieciséis del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atendiendo al conflicto constitucional y -especialmente- penal existente entre el ejercicio del derecho al honor con el derecho a la libertad de expresión y derecho a la información. Al respecto, Peña (2018), refiere que:

(...) No debemos perder de vista que los derechos fundamentales adquieran tutela penal, en la medida que reflejan un valor primordial para el ser humano, ante conductas de significativa lesividad social. Y, entre estos derechos fundamentales se ubica el honor de las personas y, en otro estadío, la libertad de expresión, derecho de información y de crítica, por ende, (...) al advertirse un conflicto de bienes jurídicos, la resolución debe garantizar lo más posible un equilibrio entre ambos intereses, de acuerdo a la naturaleza jurídica de cada uno de ellos. (p. 326)

Para la emisión del Acuerdo Plenario N.^o 03-2006/CJ-116, el Pleno tomó como referencia la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.^o 4208-2005/Lima, del 18 de octubre de 2005, que analiza y fija los criterios para solucionar la colisión que puede presentarse entre el delito contra el honor y el derecho constitucional a la libertad de expresión.

2.3.1. Desarrollo y aspectos relevantes del Acuerdo Plenario N.^o 03-2006/CJ-116

En aras de resumir puntualmente el Acuerdo Plenario N.^o 03-2006/CJ-116, se considera útil hacer uso del trabajo de Araya (2017), quien conviene en concentrar la decisión del Pleno en diez (10) temas relevantes, en los cuales se harán precisiones necesarias para un mejor entendimiento.

El primer tópico abordado por el Pleno es el referente al honor como bien jurídico, expresándose en el f. j. 6 que, este se protege penalmente a través de los tipos penales de injuria, calumnia y difamación, previstos en los artículos 130 al 132 del Código Penal. Se sostiene que, el honor resulta un concepto jurídico indeterminado y variable, delimitado por las normas, valores e ideas sociales vigentes en determinado estadío y espacio histórico, empero, desde una perspectiva objetiva, hacen referencia al conjunto de cualidades atribuidas a la persona y que son requeribles para cumplir con los roles específicos que le son encomendados. Desde un enfoque subjetivo, el honor se concibe como la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propio valor y prestigio, siendo que, la reputación y la propia estimación vendrían a ser sus dos elementos constitutivos. Asimismo, se establece que el bien jurídico del honor deriva del principio de dignidad de la persona, pues, esta última deviene en su esencia y determina su

contenido, de manera que, los ataques al honor son afecciones directas a la dignidad de la persona. El objeto central del honor es otorgar protección a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión e información, pues, la información que se comunique no puede ser injuriosa o despectiva.

El siguiente tópico desarrollado por el Pleno -en su f. j. 7-, es el signado por Araya (2017) “Derecho a la libertad, expresión y pensamiento”, sosteniéndose que 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 es derecho fundamental común de todas las personas, quienes son sujetos beneficiarios de tal derecho tanto de forma individual como en colectivo, no siendo solo -beneficiarios- los titulares del órgano o medio de comunicación social o los profesionales del periodismo. En tal medida, el ejercicio de este derecho fundamental -debido a su carácter o fundamento esencial que ostenta en una sociedad democrática- tiende a modificar la aplicación de los delitos contra el honor en determinados casos donde los hechos que se denuncian como delictuosos son realizados en pleno ejercicio de tales libertades. Así también, el honor -*a contrario sensu*- no solo opera como un derecho fundamental, sino también, como un límite especial a los derechos anotados, evidenciando así la relación conflictiva entre estos.

El tercer tópico consiste en el establecimiento de los límites para la eficacia de cada derecho -f. j. 8-, para lo cual, el Pleno parte sosteniendo que el ordenamiento jurídico otorga igual protección (gozan del mismo rango constitucional, ninguno es absoluto respecto del otro) a las libertades de expresión, derecho a la información y al derecho al honor, de manera que, ante un conflicto entre ambos la solución esté en la formulación de un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso de forma particular y permita determinar que la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de cualquiera de las libertades anotadas. Un adecuado control ponderativo de bienes jurídicos, se efectúa iniciando con fijar el ámbito propio de cada derecho, luego verificar si concurren o no los presupuestos formales de la limitación, acto seguido, haciendo uso del principio de proporcionalidad, valorar el carácter justificado o injustificado de la injerencia y, finalmente, comprobar que el límite analizado respeta o no el contenido esencial del derecho sujeto a limitación.

El cuarto aspecto abordado por el Pleno -f. j. 9-, consiste en la evaluación o análisis de la existencia de alguna causa de justificación, esto es, verificar si se está ante

algún supuesto que elimine la antijuridicidad de la conducta. Para ello, una vez determinados -dentro del margen de la ley- la concurrencia de los presupuestos de tipicidad del delito en cuestión (indispensable), corresponde analizar si la conducta sujeta a la valoración penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información, es decir, si se está ante una causa de justificación, siendo aplicable para este tipo de casos el supuesto considerado como causa de exención de responsabilidad penal “El que obra (...) en el ejercicio legítimo de un derecho (...)" (Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, 1991, art. 20, inciso 8). No obstante, ello, el Pleno anota que para la admisión de tal causa de justificación se requiere, previamente, analizar tres criterios: (i) el ámbito sobre el que han recaído las frases ofensivas, (ii) los requisitos del ejercicio de ambos derechos y (iii) la calidad -falsedad o no- de las expresiones.

El quinto tema desarrollado por el Pleno - f. j. 10- es el referente al primer criterio antes anotado, el ámbito sobre el que recaen las frases consideradas ofensivas al honor, teniendo que ser este, necesariamente, la esfera pública, debido a la naturaleza pública de las libertades de información y de expresión, vinculadas a la formación de la opinión ciudadana. Esto quiere decir que las expresiones no pueden consistir en temas vinculados a la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar (lo cual no es lo mismo que interés público del asunto sobre el que se informa o en el interés legítimo del público para su conocimiento). Con ello la protección del ofendido se convierte en relativa cuando las expresiones cuestionadas incidan en personas públicas o de relevancia pública, quienes, debido al interés general de lo expresado, deben soportar el riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de esa naturaleza. Por ende, el Pleno anota que, en todos estos casos -en unos más que otros- los límites al ejercicio de esas libertades son más amplios, debiendo protegerse su honor acorde a los principios de; pluralismo democrático.

El sexto tópico sujeto a análisis -en el f. j. 11- es el referente al segundo criterio para la estimación de la causa de justificación, circunscrito a los requisitos del ejercicio de las libertades de información y de expresión, siendo el fundamento: el respeto a la dignidad de la persona. En ese tenor, refiere el Pleno que, en primer orden, no se amparan las frases objetiva o formalmente injuriosas, es decir, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones (siendo indiferente si son ciertas o no, o de la corrección de los juicios de valor que contienen), dado que, devienen en impertinentes -o sea, están alejadas de su propósito crítico o informativo- e innecesarias al pensamiento o idea que

se exprese, ya que, materializan un desprecio por la personalidad ajena. El Pleno precisa que, es permisible -en el ejercicio de las libertades de información y de expresión- efectuar una evaluación personal de alguna conducta -así sea desfavorable-, sin embargo, no se puede hacer uso de calificativos de tipo peyorativo o que denoten menosprecio.

El séptimo aspecto a considerar -f. j. 12- es el referente a la concurrencia de la veracidad de los hechos y de la información que se profiera, esto como segundo requisito para el ejercicio legítimo de las libertades. La conducta, refiere el Pleno, debe ejercerse con veracidad subjetiva, ello quiere decir que la protección constitucional no será admisible cuando el autor es consciente de que no dice o escribe verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta (actúa con dolo directo) o cuando, tratándose de información falsa, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad (actúa con dolo eventual); en este último caso, el sujeto agente actúa sin tener en cuenta los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe realizarse desde parámetros subjetivos, por lo que se requiere que la información haya sido contrastada con diligencia sobre la base de datos abastecidos de objetividad e imparcialidad. Sobre el particular, el TC, en la *Sentencia del Exp. N.º 0905-2001-AI/TC* ha referido que:

(...) El objeto protegido, en tal caso, es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública. (TC, 2002, f. j. 11)

No obstante a ello, el TC, años después, en la *Sentencia del Exp. N.º 6712-2005-HC/TC*, realiza una precisión sobre la información veraz en los siguientes términos:

En el caso de la información, y tal como se ha desarrollado en la sentencia del Expediente N.º 0905-2004-AA/TC, su contenido esencial se encuentra en la veracidad de lo que se manifiesta, lo cual no se refiere explícitamente 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, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información. (TC, 2005, f. j. 35, pp. 24-25)

Por lo por tanto, no se otorga protección a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen con desmedro de la verdad o falsedad de lo que

se comunica, actuando de forma irresponsable al transmitir -como hechos verdaderos- rumores carentes de corroboración o simples invenciones o insinuaciones engañosas. El Pleno establece que, para que las noticias puedan gozar de protección constitucional, deben ser comprobadas con diligencia y sustentadas sobre la base de hechos objetivos, debiendo acreditarse, en todo caso, la malicia del informador.

Es así que, como octavo tópico, el Pleno -en el f. j. 12, parte *in fine*-, desarrolla el deber de diligencia del agente, tomando como referencia la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional de España, que estableció lo siguiente:

(...) el específico deber de diligencia que incumbe al informador es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado, (...) o bien de que se trate de una información asumida por un medio periodístico y su autor como propia, en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no admite atenuación o flexibilidad alguna, sino que su cumplimiento debe ser requerido en todo su rigor.

(Tribunal Constitucional de España [TCE], Sentencia 76/2002, 2002, f. j. 3)

Con estrecha relación al anterior tópico, el noveno aspecto relevante es el desarrollo de los alcances del denominado reportaje neutral -f. j. 12 parte *in fine*-, estableciendo el Pleno que, 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 quien se le exige la veracidad de lo expresado), siempre que no se trate de una fuente de carácter genérica o no se determinó quien hizo las declaraciones, sin incluir opiniones personales de ninguna clase. Por lo demás, no se elimina la protección constitucional cuando media un error informativo recaído sobre cuestiones de relevancia secundaria en el contexto de un reportaje periodístico.

Finalmente, el décimo aspecto o tópico a considerar, es el referido a otra clase de ponderación que debe efectuarse cuando se está ante el ejercicio de la libertad de expresión u opinión. Como es evidente, refiere el Pleno, las opiniones y los juicios de valor -que comprende la crítica a la conducta de otro- resultan imposibles de probar. Por ende, el elemento de ponderación que corresponde está vinculado al principio de proporcionalidad, en cuya virtud el análisis está centrado en determinar el interés público

de las frases cuestionadas, esto es, deben desbordar la esfera privada de las personas (única posibilidad que permite advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público de la opinión) y la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y o formuladas de mala fe -sin relación con las ideas u opiniones que se expongan- y, por tanto, innecesarias a ese propósito, a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige. Así lo ha expresado el TC, en la *Sentencia del Exp. N.º 0905-2001-AI/TC*:

(...) mientras que con la libertad de expresión se garantiza la *difusión* del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser. (TC, 2002, f. j. 9)

3. El honor como bien jurídico protegido

Como bien se ha venido desarrollando, el honor tiene un carácter inasible o complejo de definir, y ello en nada varía al pretender analizarlo desde un enfoque jurídico-penal, bajo su naturaleza de bien jurídico protegido; así lo sostiene Muñoz (1990):

El honor es uno de los bienes jurídicos más sutiles y más difíciles de aprehender desde el punto de vista jurídico-penal. Ello se debe, sobre todo, a su relativización. La existencia de un ataque al honor depende de los más diversos imponderables, de la sensibilidad, del grado de formación, de la situación tanto del sujeto pasivo como del activo, y también de las relaciones recíprocas entre ambos, así como de las circunstancias del hecho. (p. 122)

El estudio del bien jurídico protegido penalmente resulta de vital importancia, pues, sostiene Peña (2018):

(...) constituye una fuente hermenéutica de primer orden, como criterio sistematizador de la conducta prohibida o del mandato normativo de acción, permite al intérprete situarse en el concreto plano de protección, a fin de fijar la

ratio legis y, por otro, como criterio de política criminal, cuya misión es la de analizar críticamente el derecho positivo vigente a fin de controlar el rendimiento de la norma penal, fijando sus aciertos en orden a establecer ciertas necesidades de penalización, con ello desde una visión tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*, de conformidad con la dinámica que ha de caracterizar los procesos de reforma penal. (p. 129)

En ese sentido, es posible sostener que el bien jurídico vendría a ser el elemento material que le concede legitimidad al Estado para intervenir de forma coactiva, ejerciendo represión de manera tal que se puede privar de la libertad a una persona. Sostiene el propio Peña (2018) que la teoría del bien jurídico es la que más se ajusta a los valores que se desprenden de nuestra Constitución y a los derechos supra de la persona y la colectividad, con sujeción a las pretensiones de la política-criminal.

Dada la trascendencia del bien jurídico como elemento del tipo, se expondrán, a continuación, las concepciones históricas variopintas que han pretendido explicar al honor dentro del fuero del Derecho Penal, es decir, al honor como bien jurídico protegido.

3.1. Concepciones sobre el honor

“La delimitación y alcance de este bien jurídico es bastante debatido debido a su estrecha vinculación a la personalidad del individuo, y a las valoraciones sociales y culturales que conforman nuestra sociedad” (Gálvez et al., 2017, p. 46). Y esto es así porque el propio avance del tiempo y -dependiendo del lugar donde se desarrolle- ha tenido que influir necesariamente en la construcción de un concepción del honor que sea capaz de garantizar su efectiva protección frente a conductas lesivas.

La concepción del bien jurídico tutelado “honor”, en cuanto a su contenido material ha sufrido toda una prolífica evolución epistemológica; producto de la misma evolución del hombre, del Estado y de la sociedad, dicha trilogía ha determinado ciertas consecuencias directas en la protección de dicho derecho subjetivo. (Peña, 2018, p. 134)

Berdugo (como se citó en Gálvez et al., 2017), sobre la determinación del bien jurídico honor, refiere que:

(...) ha estado estrechamente ligado con la teoría penal imperante, así la incorporación al derecho penal del método propio de las ciencias naturales (del nauralismo y de la metodología positivista) permitieron el surgimiento de las concepciones fácticas; mientras que la necesidad de referencia a un código valorativo, propio del neokantismo y por el relanzamiento de la vinculación

Derecho-Ética, tras la Segunda Guerra Mundial, produjo el surgimiento de las concepciones normativas. (pp. 47-48)

En esa misma línea, Laurenzo (2002), afirma que la doctrina penal ha distinguido entre concepciones fácticas y normativas del honor, pero que la diferencia sustancial entre ambas radica en que:

(...) las primeras apuntan al mundo del ser, a datos de la realidad (de la realidad social y psicológica del individuo), de manera que el honor tutelado por el Derecho Penal se presenta como un dato prejurídico recogido de modo directo de la vida social, es decir, es captado por el derecho penal, sin filtro alguno, de la realidad social; mientras que, desde la segunda perspectiva, el contenido de este bien jurídico se encuentra vinculado al mundo de los valores, dejando de ser un dato netamente fáctico para convertirse en una construcción normativa fundada en determinados códigos valorativos -sociales, éticos o jurídicos-. (pp. 15-16)

3.1.1. Concepción fáctica

Las concepciones fácticas, refiere Angulo (2021), se originaron en Europa, casi al mismo tiempo entre Italia y Alemania, “(...) y se caracterizaban por tomar al honor tal cual aquél se manifiesta en la realidad, apreciado tanto desde la persona individual como desde el juicio colectivo de quienes valoraban” (p. 46).

Desde estas tesis, (...) se busca aprehender al honor como componente real, vinculando su existencia o inexistencia a un dato de la realidad, de carácter psicológico (la estima que la persona tiene en sí misma) o sociológico (la manera en que los miembros de la sociedad perciben a una persona en particular) sin recurrir a criterios valorativos. (Gálvez et al., 2017, pp. 48-49)

Entonces, esta concepción pretende delimitar el honor a partir de una doble perspectiva, haciendo distinción entre honor objetivo -perspectiva sociológica- y honor subjetivo -perspectiva psicológica-.

Vale anticipar que, “estas concepciones han sido paulatinamente abandonadas por resultar incompatibles con los principios de igualdad, pluralismo y seguridad jurídica y por presentar problemas de orden dogmático” (Gálvez et al., 2017, p. 51)

a. Honor subjetivo o psicológico.

Desde el enfoque subjetivo o psicológico, sostiene Salinas (2018), “(...) al honor se le entiende como la autovaloración que se hace una persona de sí misma. Es el juicio u opinión que tiene cada persona de sí misma dentro de su desenvolvimiento en el conglomerado social al cual pertenece” (p. 409). En la misma línea, Bramont-Arias

(1990), sostiene que, subjetivamente “(...) el honor es el sentimiento íntimo de estimación y respeto por la propia dignidad” (p. 122).

“Las concepciones fácticas psicológicas conciben al honor como la valoración que la persona hace sobre sí misma en cuanto sujeto de relaciones sociales (honor subjetivo), el cual es afectado con todo aquello que humilla el sentimiento de la persona, ocasionándole un dolor psíquico” (Gálvez et al., 2017, p. 50).

Se lesiona el honor, desde el aspecto subjetivo, cuando cualquier conducta de un tercero afecta el sentimiento de dignidad o, mejor dicho, el amor propio que tenemos cada una de las personas. Basta que se lesione nuestra estima personal, para que se perfeccione una conducta delictiva contra el honor. (Salinas, 2018, p. 410)

No obstante, de esta forma de dividir y plantear el contenido del bien jurídico honor -que postula la concepción fáctica psicológica- se generan dos consecuencias importantes, sostiene Laurenzo (2002), que nos llevan -necesariamente- a descartarlo como fundamento para explicar su contenido dentro de un Estado Democrático de Derecho como el nuestro:

En primer lugar, surge un bien jurídico de contenido altamente variable, distinto para cada ciudadano en función de su mayor o menor sentimiento de propia estimación y, sobre todo, del grado de prestigio social del que disfrute. No todas las personas tendrán el mismo honor, siendo imaginable, incluso, la existencia de ciudadanos sin este atributo de la personalidad. En segundo término, dado que el objeto de tutela se sitúa en la reputación social efectiva, la lesión del bien jurídico no dependerá de la verdad o falsedad de la imputación ofensiva, sino únicamente de que esta influya de modo negativo sobre la buena fama de la que goce de hecho el afectado. Esta segunda consecuencia, conducente a restar valor a la prueba de la verdad en los delitos de injurias y calumnias, es la causa de la frecuente identificación de la concepción fáctica con el llamado honor aparentente. (p. 36)

Resulta evidente que esta visión subjetiva del honor genera una serie de dificultades para comprender con claridad al bien jurídico que se pretende proteger, pues, en nuestros días, hay personas que no valoran su honor como sí ocurría en el pasado, es por eso que, Bramont-Arias (como se citó en Salinas, 2005), ha sostenido que el honor -desde lo subjetivo- “(...) es un bien de estimación relativa, esto es, no todas las personas lo estiman de igual modo (...)” (p. 271).

A la concepción exclusivamente subjetiva del honor (autoestima o propia estimación), se le ha criticado: i) No tener en cuenta que la persona es una unidad compleja cuya existencia individual se desarrolla al interior de un grupo social mediante la creación y sostenimiento de sus relaciones con los demás miembros de la comunidad, por lo cual resulta difícil distinguir un honor individual de naturaleza psicológica; ii) que el derecho protege derechos fundamentales y no meros estados de ánimo o valoraciones subjetivas que el propio sujeto hace de sí mismo; finalmente, iii) que las reglas jurídicas no pueden quedar al albur de impulsos emotivo-sentimentales de lo que cada sujeto pueda llegar a pensar que representa para los demás, lo cual colocaría en una senda de inseguridad jurídica, ya que se dejaría en manos del sujeto pasivo la determinación del carácter delictual de la conducta. (Gálvez et al., 2017, p. 53)

Es por estas razones que, la concepción subjetiva del honor, por ser demasiado variable e -incluso- inexistente en la autónoma consideración de algunas personas respecto de ellas mismas (he allí su calificación como “honor aparente”) no podría justificar el contenido del honor como bien jurídico.

b. Honor objetivo o sociológico.

La perspectiva objetiva es la segunda concepción fáctica del honor. Esta, refiere Angulo (2021), proviene del ser o de la materialidad, especialmente, de lo social: “Otra vez se trata de una concepción arraigada de modo prejurídico en la realidad social y, por tanto, se le puede llamar concepción sociológica” (p. 49).

El honor entendido desde un aspecto objetivo, se constituye como la valoración que las demás personas que conforman el conglomerado social hacen de la personalidad de otra. Este concepto se identifica plenamente con lo que comúnmente adquiere la etiqueta de reputación o buena fama. El honor de las personas es un bien que socialmente se traduce en el respeto y consideración que se merece de los demás, en la estima, aprecio, buena fama y reputación adquiridas por la virtud y el trabajo. (Salinas, 2018, p. 408)

Por su parte, Bramont-Arias y García (1997) afirman que “el honor objetivo es la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un sujeto. Coincidiría con la reputación de la que disfruta cada persona frente a los demás sujetos que conforman una comunidad social” (p. 135).

“Las concepciones fáctico sociales identifican al honor con la consideración que los demás tienen de una persona y que depende de su posición social y de otras variables

dependientes o no de su titular (...)" (Gálvez et al., 2017, p. 49). Desde este punto de vista, no habría tutela penal cuando el sujeto afectado carece de reputación social, por no existir estimación pública de sus valores (Carmona, 2000). Para esta concepción, "(...) el honor quedará seriamente afectado o lesionado, cuando cualquier conducta dolosa de un tercero logre quebrantar la estimación o reputación que tiene una persona ante el conglomerado social en donde se desenvuelve y hace vida normal" (Salinas, 2018, p. 409).

La posición objetiva, tan igual que la subjetiva, ha estado sujeta a críticas que han traído como consecuencia su deslegitimación para definir el contenido del bien jurídico honor. Dentro de los principales cuestionamientos están:

- a) No ser compatible con la tipificación de aquellas conductas ofensivas al honor que se producen *vis a vis*, es decir, solo entre el ofendido y el que ofende, con ausencia de terceros.
- b) No permite precisar cuál sería la fama o reputación que el derecho está protegiendo, teniendo en cuenta que la persona puede gozar de más de una reputación de acuerdo al ámbito en el que se desenvuelve (...).
- c) (...) la configuración del honor según una concepción fáctica objetiva (buena fama), determinaría la negación de este bien jurídico a sectores de la población sobre los que no puede proyectarse la idea de buena reputación (...), y por otro lado, conduciría a introducir diferencias en la intensidad de la protección penal de acuerdo a la posición que cada sujeto ocupa en el entramado social, con la agravante de que muchas veces esa posición social no depende de los propios actos del ciudadano, con lo cual se compromete el derecho constitucional a la igualdad, reconocido en nuestra Constitución, como derecho fundamental.

(Gálvez et al., 2017, pp. 51-52)

En la misma línea, Urquiza (1993), refiere que, "(...) el honor objetivo vulnera la 'igualdad ante la ley' y la prohibición de discriminación alguna (...)" (p. 225), dado que, hace depender su defensa jurídica de la existencia o no de la estimación pública. Adicionalmente a ello, la visión objetiva del honor "(...) restringe la excepción de la verdad, en razón que, de acuerdo a esta lógica, la buena fama o reputación de una persona puede lesionarse sea con una imputación falsa o con una imputación verdadera" (Tucto, 1998, p. 210).

Pese a la desacreditación de esta concepción del honor objetivo, se debe rescatar que esta "(...) ha fortalecido, poco a poco, la idea de reconocer un bien jurídico distinto

al honor, como lo es la reputación, que pareciera estar diferenciándose y lograr su propio espacio dentro de los derechos de la personalidad” (Angulo, 2021, p. 52).

c. Concepción ecléctica.

La concepción ecléctica del honor, también llamada “dualista” o “mixta”, continúa siendo de naturaleza fáctica, así lo expresa Gálvez et al. (2017) al sostener que “las concepciones fácticas en su forma pura fueron las primeras en aparecer, y respondían a un estado incipiente de la doctrina; actualmente son defendidas de un modo ecléctico (...)" (p. 53). Esta se caracteriza por reunir las dos concepciones antes tratadas (subjetiva y objetiva), de manera que, “(...) trata de cubrir, con cierta armonía, en unos casos, la protección del honor subjetivo y, en otros, la defensa del honor objetivo y también, en una sola figura, como lo es la difamación, tanto al honor como a la buena reputación” (Angulo, 2021, p. 53).

Carrara (como se citó en Gálvez et al., 2017) sostenía que esta concepción vinculaba la idea del honor a tres conceptos secundarios distintos:

(...) i) el sentimiento de la propia dignidad, que era el contenido primario del honor, que depende del amor a nosotros mismos y del gozo inefable que produce la sola conciencia de nuestros méritos, de nuestras capacidades y de nuestras virtudes; ii) la estima o buena opinión (reputación) que los demás tienen de nuestras buenas cualidades, tanto espirituales como corporales y, iii) el poder que tiene una buena reputación de procurar ciertas ventajas materiales. (p. 54)

Roy (1989), haciendo referencia a las concepciones adoptadas en el Perú - específicamente en el Código Penal de 1924- sostenía que:

(...) en nuestra legislación penal no se han considerado en sus formas puras, es decir, con independencia, los aspectos subjetivo y objetivo del honor. En verdad la protección ocurre de manera conjunta, existiendo ya sea equilibrio o un notorio predominio de un aspecto sobre el otro. (p. 428)

La tesis ecléctica -dado su arraigo fáctico- aún pregonaba la falta de trascendencia de la verdad o falsedad del contenido de la imputación ofensiva, ya que para esta, el objeto de tutela se sitúa en la reputación social efectiva; esto quiere decir que, para que se configure la lesión al honor basta únicamente que la ofensa influya en modo negativo sobre la buena fama de la que goce el afectado (Laurenzo, 2002). Es por tal motivo que, se critica a esta concepción por continuar defendiendo el denominado “honor aparente”.

Como se puede apreciar, la visión ecléctica -aún con sus matices- ha arrastrado las debilidades de las concepciones subjetiva y objetiva, como consecuencia de que el

honor está vinculado a las vicisitudes y complejidades -así como contradicciones- de la realidad sicológica y social. Por ende, esta posición -como tesis fáctica- “(...) tampoco ha logrado superar las objeciones que se han anotado (...)” (Gálvez et al., 2017, p.54).

3.1.2. *Concepción normativa*

Dadas las falencias de las tesis fácticas, surgen las concepciones normativas, las cuales consideran que el honor no puede ser recogido materialmente (de la realidad), por lo cual, pretenden delimitar su contenido recurriendo a diversos códigos valorativos, distinguiéndose -para los fines del Derecho Penal- a los códigos de valores estrictamente jurídicos, conforme a las cuales la delimitación del contenido del honor debe realizarse a partir de las valoraciones establecidas por el ordenamiento jurídico. Estas concepciones, por lo tanto, coinciden en señalar que el honor deriva de la dignidad de la persona (por su propia condición de tal), entendiéndolo como el derecho a ser respetado por los demás de forma igualitaria (Gálvez et al., 2017).

El contenido del “honor” ha de ceñirse a la condición de persona humana, en lo que respecta al desarrollo de su personalidad y su participación en los procesos sociales, de ahí que se diga que este interés jurídico está vinculado con la idea de dignidad humana y, si todos los individuos son portadores de dicho revestimiento normativo, todos tienen el derecho de ser protegidos en su “honor” de forma igualitaria. (Peña, 2019a, p. 445)

Desde estas tesis se concibe al honor “como el derecho de todos los ciudadanos por igual a ser respetados por los demás, sin verse sometidos a actos despectivos o de menoscabo, cualquiera sea la conducción de vida y las circunstancias de cada uno” (Laurenzo, 2002, p. 25).

Esta prescinde de cualquier clase de consideración fáctica a la hora de dotar de contenido al bien jurídico honor para acudir, en cambio, al ámbito de los valores. Surge así un concepto de honor directamente vinculado a la dignidad de las personas. De esa forma, el honor aparece como un atributo de la personalidad que corresponde por igual a cualquier ser humano por el solo hecho de serlo. El núcleo del bien jurídico se sitúa en el honor interno identificado con la dignidad de las personas. Constituyendo la fama y autoestima simples reflejos en el mundo exterior de esa dignidad. (Salinas, 2018, p. 411)

Como se puede apreciar, estas concepciones aparecen como una forma de encuadrar el contenido del bien jurídico honor a las mandatos jurídicos de carácter constitucional, representadas por los principios constitucionales de la igualdad, del

pluralismo social y político y el derecho al desarrollo libre de la personalidad (Gálvez et al., 2017). “La posición normativa se condice perfectamente con el principio jurídico-constitucional de ‘igualdad’, todos merecen ser protegidos por el orden penal, se hace alusión a un honor merecido” (Peña, 2019a, p. 445).

En tal sentido, las personas -por el solo hecho de serlo- gozan de un respeto mínimo (fundado en el núcleo duro del honor que es la dignidad), sea cual fuere la forma de conducir su vida, pues, la dignidad de la persona es igual para todos, por tal motivo, la tutela penal alcanza a todo ciudadano (sin distinción).

Se podría sostener que, normativamente, “(...) cualquier ataque al honor constituye un ataque o lesión inmediata a la dignidad de la persona en sus materializaciones mínimas: autoestima y fama (que son el reflejo exterior de esa dignidad -honor interno-)” (Gálvez et al., 2017, p. 57), sin embargo, precisa Laurenzo (2002), que: “la lesividad del comportamiento supuestamente injurioso (delictivo), ha de valorarse de acuerdo con las características concomitantes del caso concreto” (p. 26). Y esto es cierto, pues, si bien el honor se reputa igual para todos, empero, esto no quiere decir que la persecución penal de conductas lesivas al bien jurídico se desvincule de las circunstancias concretas del caso en particular, pues la aptitud de las expresiones, insultos, juicios o imputaciones dependerán también de estas.

Pese a lo expuesto, se critica a estas tesis el no poder dotar de especificidad al bien jurídico honor, pues la dignidad constituye un presupuesto genérico aplicable a todos los derechos fundamentales y no solo al honor. (Gálvez et al., 2017, p. 58)

3.1.3. *Concepción fáctico-normativa*

Dentro de la misma corriente normativa, surgen las tesis fáctico-normativas o normativo fácticas, llamadas así porque quiebran el esquema radical del tratamiento igualitario de las personas (fundadas en la dignidad humana) y acuden a factores de juicio propias de las tesis fácticas, para así poder justificar el trato diferenciado del ordenamiento jurídico en cada caso concreto. Esta situación se verifica cuando se pretende graduar el honor en determinados casos, en la medida en que las personas siguen o no los parámetros adecuados de comportamiento o conducción social; dando apertura, así, a la idea del merecimiento (De Pablo, 2017).

Berdugo (como se citó en Gálvez et al., 2017) adoptando una posición mixta (entre lo fáctico y normativo), señalaba que el honor está constituido por las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores relativos a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad -la participación real del individuo en la comunidad-, los

cuales constituyen los presupuestos de participación del individuo en un sistema social; el libre desarrollo de la personalidad, conforme indica el citado autor, es una emanación de la dignidad y es lo que permite que el individuo participe en la sociedad imprimiéndole a la dignidad un carácter dinámico.

En tal medida, podemos decir que, desde esta visión, se logran distinguir dos aspectos dentro del honor, el primero, determinado por el componente estático “dignidad”, operaría como una expectativa de reconocimiento que surge de la propia dignidad de la persona humana (honor mínimo o nuclear, que poseen todos), y, el segundo, perfilado por el componente dinámico de la dignidad (esto es, el libre desarrollo de la personalidad), se entendería como expectativa de reconocimiento que emana de la participación real del individuo en la comunidad (honor desarrollable o expandible en la medida de sus propios actos).

Estas posiciones establecen que se garantiza a todos un mínimo de honor, pero en los hechos (casos concretos) la protección del honor varía en función de la forma e intensidad de participación de cada individuo en la vida social o en el cumplimiento de los deberes éticos sociales, y eso es así, sostiene Jaén (2002), porque la dignidad está vinculada al cumplimiento de tales valores o deberes, por ejemplo, si alguien llama a otro “alcohólico”, cuando el sujeto pasivo verdaderamente lo es, este último no podrá reclamar la protección jurídico-penal del honor porque no lo merece, pues su propio comportamiento le habría quitado el carácter ofensivo a aquella manifestación hecha por el autor.

Una de las consecuencias de esta perspectiva es que nos lleva a la paradójica consecuencia de configurar un bien jurídico no susceptible de lesión por parte de terceros, pues al tratarse de una especie de virtud personal, solo el comportamiento de su titular podrá perjudicar o hacer disminuir su valía mediante comportamientos no acordes con los deberes éticos sociales. (Laurenzo, 2022, p. 31)

Otra consecuencia, anota Gálvez et al. (2017), es el hecho de reducir la lesión de este bien jurídico a la imputación de hechos falsos, dado que, una imputación verdadera no podría lesionar el honor del ofendido porque -en ese ámbito concreto- el ordenamiento jurídico no le reconoce al sujeto pasivo el derecho a ser respetado (como resultado de su propia acción), a excepción a las injurias formales o absolutas, que implican una lesión directa al núcleo duro del honor (al mínimo de dignidad reconocido a todos).

Se critica a esta concepción el hecho de volver a relativizar la defensa del honor al hacer uso de concepciones fácticas para definir el contenido del bien jurídico en su dimensión dinámica de la dignidad, como es el libre desarrollo de la personalidad, basándose en la idea de “merecimiento”, necesitando de un código valorativo (ético-social) a fin de establecer el carácter deshonroso o no de la conducta de las personas. Vale agregar que, dichos “valores sociales” no se desprenden directamente de los principios básicos contenidos en la Constitución, sino solo de lo convencional, por lo que se catalogan como ideas vagas, criticándosele el hecho de no aportar un criterio claro para decidir cuándo hay un honor merecido y cuándo no lo hay.

Es por ello que esta concepción tampoco es de recibo, pues el honor no puede defenderse bajo condiciones fácticas; es decir, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el honor no puede depender de la mala o buena conducta del ofendido, porque el respeto a la persona no está sujeto a condicionamientos fácticos (actos de las personas), sino reposa en la propia condición de persona humana (Mendoza, como se citó en Gálvez et al., 2017).

3.1.4. Concepción normativa valorativa constitucional

Sobre esta concepción se dice que surgió en Europa para hacerle disputa a las tesis normativas, bajo el nombre de “concepción constitucional”, sin embargo, esta se habría terminado fundiendo en una concepción normativo-valorativa. La concepción constitucional se habría desarrollado a partir de los trabajos de Franco Bricola, a principios de los años setenta, (...) en su Teoría General del Delito, donde expresa que la Constitución debería ser el marco de referencia del Derecho Penal” (Angulo, 2021, p. 61).

Estas tesis parten desde entender que el Derecho Penal necesariamente debe estar inspirado por el ordenamiento constitucional de valores, pues, de otro modo, no sería más que policía y no Derecho Penal (Arroyo, como se citó en Angulo, 2021). Es así que, se postula que esta concepción asume una orientación para fundamentar el bien jurídico honor desde la Constitución, sin renunciar a la tesis que establece que el honor tiene su origen en la dignidad humana -por ser un atributo de esta- y que, por tal motivo, se le está reconocido igualitariamente a todos.

Mantovani (como se citó en Angulo, 2021) expresaba la necesidad de efectuar una definición del bien jurídico honor con referencia a valores constitucionalmente significativos y a otros valores jurídicos y socioculturales constitucionalmente compatibles.

(...) en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, no puede dejar de considerarse la perspectiva constitucional para una readecuación (¿o revisión?) del concepto de honor. (...) el honor ha pasado a configurar un derecho fundamental de las personas, un atributo esencial del ser humano, que encuentra sustento y reconocimiento normativo en los tratados internacionales incorporados en la Constitución nacional. (Buompadre, 2010, p. 22)

Berdugo (como se citó en Peña, 2019a) sostiene que -a razón de esta concepción- en casos de lesiones al honor se debe utilizar como correctivo, de cara a su relevancia jurídico-penal, la escala de valores que aparece recogida en la Constitución. Es decir, se debe comprender en él tanto su aspecto estático (dignidad) como uno dinámico (desarrollo) en relación al sujeto, como presupuestos del honor. La Constitución enmarcará el modelo social en el que tiene que situarse el libre desarrollo de la personalidad, de la que esta dimensión del honor constituye una emanación. En tal sentido, el reconocimiento y tutela del honor será evidentemente dinámico, y dependerá de las propias actuaciones del sujeto que podrán hacer variar dicho reconocimiento.

3.1.5. *Concepción normativa funcional*

Esta concepción, sostiene Peña (2019b), se asemeja -de cierta forma- a la tesis constitucionalista, no obstante, posee sus propios matices y singularidades. En primer orden, al ser una tesis normativa, se insiste en que el honor es un atributo propio del ser humano, que brota o proviene de su dignidad, que le corresponde por su condición de persona, por lo que dicho derecho no puede privarse por razones de orden social, económico, cultural, etc.; en segundo orden, también se insiste en que, el honor es un bien jurídico que adquiere grados de desarrollo, que guarda relación con la realización del individuo como persona en un determinado sistema social, conforme va obteniendo determinados logros personales, profesionales, grados jerárquicos (funcionales, optimización académica, etc.), se le va adjudicando un reconocimiento social (reputación), que puede verse seriamente afectado cuando se emite y difunde un juicio de valor ofensivo o la presunta comisión de un delito, lo que, en todo caso, incide en el nivel de lesión al bien jurídico, no en cuanto a la relevancia jurídico-penal de la conducta.

Refiere esta tesis que, ese mismo sujeto en su actuación relacional, puede ver reducido su reconocimiento social por llevar a cabo comportamientos que van en contra de los patrones sociales de alcance general, es decir, realiza conductas que son reprobadas por todo el colectivo.

(...) la lesividad de la conducta no ha cifrarse conforme a los juicios de valor ético-sociales de la comunidad, sino en relación a la afectación de la autorrealización personal en el campo de las relaciones sociales, cuando la persona es desvalorada por los demás, pero no olvidemos qué será la persona misma (sujeto pasivo), quien decidirá ello, al ser delitos persegubles a instancia del ofendido, puede en algunos casos que la revelación de una circunstancia propicie un juicio de valor "positivo" (v. gr., un aventajado), al margen de que la intimidad pueda verse afectada. (Peña, 2019b, p. 369)

Por lo tanto, no se puede alegar lesividad al bien jurídico (tipicidad), en tanto exista una correspondencia entre el juicio descalificativo con los hechos que son atribuidos al sujeto, siempre y cuando se dé en un determinado marco social, que no afecte la libertad de autodeterminación del individuo en su vida en sociedad. Peña (2019b) pone un ejemplo:

(...) A quien se le condena por un delito y es llamado delincuente por la víctima en el juicio que ha de verter su testimonio, no habrá sido afectado en su honor; pero si este luego de purgar condena, sale en libertad y es llamado así cuando pretende acceder a un puesto de trabajo, aún por virtud de un beneficio penitenciario, sí se habrá lesionado el honor. (p. 369)

Gómez (1939) señalaba que, las carencias morales de una persona, sean graves o no, no autoriza a nadie exponerlo -sin piedad y sin limitación- a la burla constante. Y eso es así porque una persona humana carente de virtudes o de la corrección necesaria en determinados aspectos de su vida puede conservar -en otros ámbitos- cierta dignidad.

Desde un enfoque o perspectiva del bien jurídico vinculada o centrada en el derecho de autodeterminación de las personas, argumenta Laurenzo (2002), “(...) lo único importante es la aptitud objetiva de la imputación para suscitar la desvaloración social de otro y eso no depende en absoluto que el hecho imputado sea o deje de ser cierto” (p. 43). “Lo importante a todo eso será entonces, el marco social donde se produce la atribución del juicio de valor negativo” (Peña, 2019b, p. 370).

El propio Peña (2019b) refiere que su postura es normativa, en tanto se reconoce el derecho al honor en todos los individuos por ser consustancial a la dignidad humana, no habiendo lugar a ninguna clase de discriminación, garantizando la vigencia irrestricta del principio de igualdad que emana de la Constitución. Es funcional, dado que, la afectación al bien jurídico o la calificación jurídico-penal de la conducta, se debe medir

conforme el nivel de afectación de la posición social del agraviado, concretamente, dentro del ámbito de las sus relaciones con sus semejantes.

3.1.6. Posición adoptada

Para los fines de de la presente investigación, se tiene a bien recoger las conclusiones desarrolladas por Gálvez et al. (2017), donde, si bien se coincide -tan igual que los investigadores- con la posición normativa que conceptúa al honor como un bien jurídico vinculado al principio de la dignidad, por ende, intocable e inalienable de la integridad moral de cada persona, el cual permite a todos aparecer ante los demás en condiciones de igualdad, superándose y dejado de lado las tesis fácticas que introducen diferencias en la tutela penal atendiendo al prestigio o consideración social del individuo; sin embargo, se considera que este criterio valorativo no resulta suficiente para concretar la entidad propia del bien jurídico honor, pues, es correcto que el honor se encuentra estrechamente vinculado con la observancia de la dignidad, empero, la particularidad del mismo reside en la observancia de la dignidad en el ámbito de la interacción humana o de las relaciones sociales, fuera de este contexto relacional, el honor carece de significado. Y eso es así porque, a entender de Mendoza (2007):

El honor se traduce como el valor de la persona en el ámbito de la interactuación comunicativa de la sociedad, lo cual significa que esa condición se proyecta en diversas actividades donde el hombre se expresa, ya sea manifestando ideas, opiniones, informaciones, o a través del arte en sus diversas modalidades. (p. 422)

Entonces, se establece que el bien jurídico honor no solo debe permitir aparecer a la persona ante los demás en condiciones de igualdad, sino cuidar de aquellos juicios e imputaciones que, por ser idóneos o potenciales para perjudicar la fama o estimación personal, restringen el ámbito de libertad, limitando la participación del individuo dentro del sistema social, conforme a su libre determinación. Por lo tanto, el honor se efectiviza al estar estrecha y directamente vinculado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, habilitando a cualquier persona el poder decidir qué forma de vida estima oportuna y pertinente para sí misma, lo cual no legitima a que terceros vulneren o disminuyan su pretensión de respeto (mínimo o nuclear) por la forma de conducir su vida, con independencia de su apego o no a las pautas socialmente establecidas.

El honor partiendo de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad se configura como aquel derecho que resulta igual para todos de acceder a un juicio positivo, o a mantener una pretensión de respeto que corresponde a toda

persona por su condición de tal, cualquiera sea el modo de vida que haya elegido. (Gálvez et al., 2017, p. 67)

El honor no se puede considerar como un derecho pasible de ser conquistado mediante el cumplimiento de las pautas que nos impone la sociedad, sino es la garantía constitucional de generar un espacio de libertad igual para todos; por ello es que se sustenta que, la tutela penal se activa frente a comportamientos que objetivamente sean idóneos y potenciales para despertar el desprecio o descrédito social, y obstaculizar aquel espacio de libertad en el que se concretiza el bien jurídico, muy aparte si el hecho es o no verdadero. Volvemos a rescatar lo establecido por el TC, respecto al derecho al honor: “(...) sobre la base de la dignidad humana, es la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación” (TC, 2006, Sentencia del Exp. N.º 3362-2004-PA/TC, f. j. 14.b, p. 17).

Por ello, desde la posición adoptada, con el fin de establecer la lesividad de determinada conducta, no importan las condiciones personales de la persona (esto es, su sentimiento de valor, el cumplimiento de códigos ético-sociales o su reputación), sino, bastará que la propia conducta -desde un parámetro general- conforme a las distintas circunstancias concretas o históricas, constituya una ofensa lesiva al honor para cualquier ciudadano común o medio. Es claro que, también se deberán tener en cuenta las circunstancias concurrentes (es decir, el contexto), lo cual puede llegar a enervar el carácter ilícito de un comportamiento contra el honor. Son portadores o beneficiarios del honor tanto las personas infractoras de la ley (quienes realizan conductas reprochables de acuerdo a los parámetros morales), como aquellas personas denominadas ejemplares, que encarnan un modelo de realización social o moral. Esta posición es -en esencia- la postulada por Peña (2019b), al acoger la tesis normativa funcional.

Bajo estas premisas, la mera imputación de un hecho falso no es automáticamente subsumible en el tipo penal de injuria, calumnia o difamación, para que esto suceda se requiere verificar que dicha imputación sea idónea para obstaculizar o afectar la participación del afectado en la sociedad. (Gálvez et al., 2017, p. 68)

3.2. Alcances esenciales sobre la reputación

3.2.1. Generalidades

La Real Academia Española (RAE, 2001), define a la reputación como la “opinión o consideración en que se tiene a alguien o algo” (p. 1325). Anteriormente, era la “fama” el concepto que definía una consideración positiva respecto de determinado

individuo, no obstante, la propia RAE (2001) define a esta última casi en los mismos términos que la reputación: “opinión que las gentes tienen de alguien” (p. 703). En ese sentido, se podría afirmar que -conceptual y semánticamente- reputación y fama definen a lo mismo.

Otro concepto que también se vincula -pero no es lo mismo- es la “honra”, dado que, esta denota una opinión positiva sobre alguien, a entender de Novak y Namihas (2004), quienes sostienen que “(...) la honra es el reconocimiento social del honor, es el derecho de toda persona a ser respetada por los demás” (p. 193).

Ahora bien, como es evidente, el concepto “reputación” posee una naturaleza neutral, dado que -al menos semánticamente- no es utilizado para ofrecer una idea positiva -o negativa- respecto a alguna conducta o hechos de una persona, mucho menos de su prestigio o reconocimiento por parte de los demás; por ello es que, se recurre a la utilización de los adjetivos “buena” o “mala” antepuestos al concepto reputación, para que así se pueda evidenciar la condición positiva o negativa del mismo. Así, Cabanellas (como se citó en Angulo, 2021), indica que, “(...) reputación es la opinión favorable o adversa de los demás acerca de una persona” (p. 84), por lo tanto, una persona puede tener buena o mala reputación.

Adicionalmente a lo expresado, Angulo (2021), complementa la idea sobre reputación, al opinar que:

(...) la palabra reputación solo alude a la existencia de un concepto “conocido” o “difundido”, en cierto ámbito, sobre una persona, en la consideración de los demás, en tanto significado en el español; por lo cual (...) si se quiere manifestar algo positivo, debe usarse otra palabras, tal como “prestigio”. (p. 84)

Agrega, además, que se debe entender que no necesariamente la totalidad de personas poseen “prestigio” en cualquier momento, pero sí poseen el derecho de optar por este o alcanzarlo a través de su actuación en la sociedad; por ello es que resulta necesario proteger que terceros no atenten o vayan en contra (mediante expresiones difamatorias) de esta posibilidad de desarrollo del propio prestigio.

Así pues, quienes difaman o calumnian, atentan contra el prestigio que podrá desarrollar una persona para sí, a partir de sus acciones; por lo cual generan dificultades o un impedimento para que ello suceda, atentando contra el derecho del así agraviado. (pp. 84-85)

3.2.2. Apuntes históricos

La buena reputación, anota Angulo (2021), ha sido reconocida como bien jurídico y protegida penalmente desde la antigüedad, a partir del momento en el que se la entendió como honor, o también a partir de entender que la fama o el prestigio constituyen elementos valiosos que demandan esfuerzo y que deben ser defendidos.

Es por ello que, si se desea entender por qué se tiene, hoy por hoy, determinada noción sobre la reputación, es necesario revisar, puntualmente, su desarrollo histórico, conociendo el contexto de la utilización de los conceptos “buen nombre”, “honra” y “fama”.

En primero orden, se tiene al buen nombre, el cual “(...) es un concepto que, en las sociedades, desde hace mucho tiempo, se ha utilizado, para dar a entender, a una persona que ha logrado la consideración y el respeto de sus semejantes” (Angulo, 2021, p. 86). Una referencia directa del buen nombre es recogida de la Biblia, en Proverbios 22 (escrituras que datan de los años 970 - 931 a. C. aproximadamente, tiempo en el que gobernó el Rey Salomón a Israel), donde se establecía que “de más estima es el buen nombre que las muchas riquezas, y la buena fama más que la plata y el oro” versión traducida por Reina Valera 1960, existiendo otras versiones en las que, en lugar de “buen nombre” se habla de “fama” y, en vez de “buena fama”, se habla de “buena honra”, por lo cual, secluiría que ambos conceptos devienen en equivalentes, respectivamente. Verificándose que, el contenido de este concepto es, desde un sentido de honor objetivo, el que se le asigna a la reputación. Es oportuno acotar que, el buen nombre ha sido citado y entendido por la jurisprudencia española como sinónimo de reputación (Caballero, 2007).

En segundo orden, se tiene a la honra, que cuenta con cuatro acepciones esgrimidas por el Diccionario de la RAE (2001), la primera de ellas que la define como: “estima y respeto de la dignidad propia” (p. 831); en una segunda acepción, como “buena opinión y fama adquirida por la virtud y el mérito” (p. 831); en su tercera acepción, como “demostración de aprecio que se hace de alguien por su virtud y mérito”; y en su cuarta acepción, como “pudor, honestidad y recato de las mujeres” (p. 831). Recurriendo a las formas originarias de entender al honor, se evidenciaría que, entre las dos primeras acepciones existiría una relación opuesta o contraria, dado que, la primera hace referencia al honor subjetivo, mientras que la segunda, al objetivo, y esto es así porque, a entender de Lorca (como se citó en Angulo, 2021), “(...) a lo largo de la historia, efectivamente, la ‘honra’ ha tenido diferentes significados” (p. 88), inclusive, opuestos entre sí.

No obstante lo referido, Barroso (1984), expone una forma de entender a la honra que resulta congruente al distinguirlo del honor el cual cuenta con un significado propio, sosteniendo que:

La honra significa el reconocimiento de los valores morales de la persona por parte de los demás; un juicio de valores sobre el talante virtuoso de un individuo. Y podría definirse como el respeto y el reconocimiento del honor personal por parte de los demás. (...) La honra sería pues la adecuada valoración social del honor de una persona. (p. 42)

En esa misma línea, anota Angulo (2021), que “la honra, por tanto, es el juicio que la opinión externa forma de nuestros actos y conductas” (p. 89); asimismo, el mismo autor agrega -de forma ilustrativa- que, hacer referencia a un hombre honrado es hablar de quien ha recibido de sus conciudadanos y amigos el reconocimiento o la justicia de saber que cumplió con sus deberes, en el más real y cierto de los sentidos. Es por ello que, es correcto decir ‘honras fúnebres o militares’ y está mal decir ‘honores militares u honores fúnebres’.

De lo expresado, se puede sostener que, es muy probable que la primera acepción de la RAE sobre “honra” habría motivado a que en los Tratados Internacionales de DD.HH. se prevea a la honra como honor, a pesar de sus obvias diferencias en su contenido; también es válido referir que, al considerar al honor como un concepto continental, la RAE haya tenido que recurrir a definir a la “honra” como un de los significados de honor, al igual que con la reputación. Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana, sí distingue entre honor y honra, pero asemeja o equipara esta última con la reputación (considerándola como sinónimos) por su característica externa, por tratarse del concepto objetivo que tienen otros sobre uno mismo; no obstante, en la jurisprudencia de España, se considera al honor en un sentido de unificado, definiéndose como dignidad personal, reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona (Angulo, 2021).

En tercer y último orden, se tiene al concepto fama. Antiguamente, se la consideraba como un concepto social directivo, junto a sus nociones aliadas de la honra y el honor. “La noción de fama, como preeminencia en la escala social, reconocimiento de méritos individuales, aplauso de los contemporáneos, gloria y supervivencia en la posteridad es uno de los conceptos dominantes en la cultura antigua” (Correa, 1959, p, 280). En Roma, parafrasea Angulo (2021), ‘fama’ -proveniente del latín *famam*- poseía un significado positivo al tratarse de una persona, significando reputación, siendo

entendida como una opinión común o pública favorable sobre una persona o la consideración de la excelencia del sujeto en su profesión o arte. Se tiene, entonces que, la fama era entendida como una especie de opinión pública respecto de un individuo, ya sea por sus cualidades personales, profesionales o artísticas.

La fama tuvo tal posicionamiento que alcanzó reconocimiento como bien jurídico en la evolución española de los delitos contra el honor, por ejemplo, en el Código Penal español de 1822, se preveía entre “Los delitos contra los particulares” a los delitos “contra la honra, fama y tranquilidad de las personas”, siendo que, en las regulaciones posteriores se abandonó tal nomenclatura (Rompani, 1943).

3.2.3. Regulación normativa

La reputación posee reconocimiento normativo internacional y esto respondería a que su contenido es distinto al que protege el honor, pues, de otro modo, los tratados internacionales y nuestra propia Constitución no haría referencia a ella de forma expresa.

a. Sistema Internacional de los Derechos Humanos.

La DUDH (1948), como bien se citó líneas *supra* prevé, en su artículo 12, no solo regula tutela respecto del honor, sino también, reconoce a la reputación de forma diferenciada, en los siguientes términos: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Por su parte, el PIDCP (1966), artículo 17, establece -literalmente- la misma regulación y reconocimiento respecto a la reputación. No obstante, el mismo tratado, en su artículo 19, vuelve a hacer referencia a la reputación, en el apartado donde desarrolla el derecho a la libertad de expresión, considerándola como restricción del referido derecho, siempre que la ley (de cada Estado parte) lo prevea expresamente. Esta regulación permite entender una necesaria diferenciación entre honor (honra) y reputación, al considerarse a esta última como un derecho posiblemente afectado por la libertad de expresión, incidiéndose en la naturaleza distinta del derecho, pues, este es pasible de ser agredido a través de la difusión de informaciones de forma pública.

b. Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos.

Dentro del Sistema Interamericano el reconocimiento y protección diferenciada de la reputación se presenta también en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la cual, en su artículo V, prevé que: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación

y a su vida privada y familiar”. Asimismo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), también conocida como Pacto de San José o Convención de Costa Rica, se tuvo a bien regular y tutelar -con mayor detalle y desarrollo- a la reputación, en su artículo 11, denominado “Protección de la Honra y de la Dignidad”, en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

En el mismo tratado, artículo 13 -que trata sobre la libertad de pensamiento y de expresión- tan igual que en el PIDCP, se vuelve a hacer referencia a la reputación como derecho asegurado y generador de responsabilidades ulteriores en caso de excesos en el ejercicio de los derechos anotados (libertad de pensamiento y de expresión).

c. Constitución Política de Perú de 1993.

La reputación, tan igual que el honor, tiene reconocimiento constitucional en el Perú, siendo su antecedente la Constitución Política del Perú de 1979, donde se reguló que toda persona tenía derecho: “Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” (Asamblea Constituyente, 1979, art. 2, inc. 5). En el mismo tenor nuestra vigente Constitución Política del Perú de 1993, reconoce de forma diferenciada a la reputación, regulando que toda persona tiene derecho: “Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” (Congreso Constituyente Democrático, 1993, art. 2, inc. 7).

d. Códigos Penales del Perú.

En el Perú, como bien se precisó al exponer la regulación penal del honor, se ha regido por tres Códigos Penales (1863, 1924 y 1991), los cuales, a la par de brindar protección expresa al honor regulando los llamados “Delitos contra el Honor”, también se han ocupado de hacer referencia -al menos mínimamente- y otorgar protección a la reputación.

El primero de ellos, Código Penal de 1863, en su artículo 282, inciso 2, hace referencia a la reputación pero usando una categoría conceptual distinta, como es la “fama”, que vendría a ser -en esencia- lo mismo, pero acorde a los alcances y nociones

que se tenían sobre el particular en aquellos años. Esta referencia a la reputación o fama, se evidencia al regular la formas agravadas de injuria, previendo como un supuesto de agravación “la imputación de un vicio o falta de moralidad, que pueda perjudicar considerablemente la fama, el crédito o los intereses del agraviado”. Este sería el primer antecedente que refleja la clara referencia a la reputación (fama) en el sistema jurídico penal peruano.

El Código Penal de 1924, al proteger al honor, también hace mención expresa a la reputación, en su artículo 187, en la estructura típica del delito de difamación, al prever la conducta consistente en atribuir -ante varias personas reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, o en documento público, o por medio de impresos que no sean diarios o periódicos, o con escritos, caricaturas o dibujos de cualquier género divulgados o expuestos al público- a una persona o a una corporación un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar el honor o la reputación de la primera o de las personas que componen o representan a la segunda.

Finalmente, el Código Penal de 1991 -vigente-, al igual que en la regulación precedente, además de concebir al honor como bien jurídico protegido, hace referencia expresa a la reputación, en su artículo 132, dentro del tipo penal base de difamación, previendo literalmente: “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 (...)” (Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, 1991, art. 132, párr. 1). Reconociéndose la posibilidad fáctica de lesionar no solo el honor, sino la reputación de una persona al incurrir en la comisión del tipo de difamación, ya sea en su modalidad básica o agravada; dando lugar a una notoria y necesaria diferenciación entre honor y reputación.

3.3. ¿Dualidad de bienes jurídicos?

Habiendo expuesto el desarrollo histórico y jurídico del honor, y tomado posición al respecto, así como también sobre la reputación, resulta necesario orientar lo estudiado en dirección a la regulación normativa de la legislación peruana, cuestionándonos si el honor y la reputación, resultan ser dos bienes jurídicos distintos, para así definir -concretamente- el objeto de tutela o bien jurídico protegido de los delitos contra el honor. Hurtado (como se citó en Angulo, 2021), ya advertía esta situación y planteaba si, conforme al texto constitucional:

(...) sería de considerar en materia penal dos bienes jurídicos diferentes (honor y reputación) o, de acuerdo a lo establecido en el código, sería de admitir que se

trata de un solo bien jurídico (honor) que debe ser apreciado en su doble aspecto: honor *estricto sensu* y reputación. (p. 99)

La razón para que Hurtado sostenga ello es la existencia de imprecisiones normativas en la legislación, pues, por un lado, nuestra Constitución Política de 1993 regula en su artículo 2, inciso 7, el derecho fundamental de toda persona al honor y la buena reputación, donde es notoria la distinción y autonomía de protección que se le ofrece tanto al honor, como a la reputación, así también opina Morales (2005), al sostener que “la constitución se refiere al honor y a la buena reputación, insinuando que se trata de dos derechos que tendrían contenido propio y diferenciado” (p. 117). Por otro lado, tenemos al Código Penal de 1991, donde, en su título segundo prevé y sanciona los denominados “Delitos contra el Honor”, dando a entender que el objeto de tutela sería el honor (sin mayor precisión o desarrollo), no obstante, en su artículo 132 -regulación del tipo penal de Difamación- se hace mención expresa y literal no solo del honor, sino de la reputación, lo que ha dado a lugar a esta clase de discusiones en torno al bien jurídico protegido. Ante este dilema, Angulo (2021), desliza su posición refiriendo que:

A nuestro entender sí debería considerarse que se trata de dos bienes jurídicos diferentes que, si antes no se distinguió, ello debe hacerse ahora, de modo que deben ser protegidos de acuerdo a lo que representan, a lo que pretende, en concreto, cada agresor que les ataca y a las distintas formas en que se les agrede, así, como en relación a la entidad de los daños posibles de causarse. (p. 99)

En aras de resolver el cuestionamiento planteado, se recurre a la tesis normativa funcional asumida como concepción que explica mejor el contenido del bien jurídico honor, donde se afirma que el honor, en primer lugar, le permite a la persona aparecer ante los demás en condiciones de igualdad (reconociéndose aquí una especie de dimensión estática del honor vinculado estrechamente con la dignidad humana, donde este le pertenece a todos -al menos, mínimamente- por el solo hecho de ser personas); en segundo lugar, se sostiene que, el honor permite también cuidar -a la persona- de aquellos juicios e imputaciones que -por ser idóneos o potenciales para perjudicar la fama o estimación personal- restringen el ámbito de libertad, limitando la participación del individuo dentro del sistema social, conforme a su libre determinación (reconociéndose una dimensión dinámica del honor, que aparece favorecido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad que permite a la persona proyectar o generar valoración o prestigio frente a los demás, entendiéndose esta como la denominada “reputación”). Lo afirmado, de alguna forma, guarda relación con lo establecido por el TC, en la *Sentencia*

del Exp. N.^o 4099-2005-AA/TC, al interpretar lo esgrimido por la Constitución en su artículo 2, inciso 7, sosteniendo que este mandato constitucional:

(...) hace referencia a dos dimensiones de protección de la dignidad humana, la primera referida a la persona en tanto que individuo dotado de inmunidad frente a cualquier agresión a su autoestima y su dignidad objetivada como ser libre e igual a los demás; la segunda como ser que forma parte de un grupo social y se relaciona cotidianamente con sus semejantes. Mientras que la dimensión del honor individual se refiere a un derecho personalísimo indelegable, en su dimensión de buena reputación, el honor se expande como una posición *iusfundamental* que puede también ampliar sus efectos para proteger posiciones similares no solo de personas naturales, sino incluso en los entes que, amparados en alguna manifestación de personalidad jurídica que les confiere el sistema jurídico, actúan en la sociedad proyectando una imagen o un nombre o una “razón social”. (TC, 2005, f. j. 7)

Lo desarrollado por el TC permite entender que dicho colegiado también se decanta por distinguir entre (i) honor y (ii) buena reputación, pero lo hace, exponiéndolos como dos dimensiones de protección de la dignidad humana, una de forma individual (honor) y, otra, social (reputación) expandible. Ambas dimensiones estrechamente vinculadas, pero con contenido propio y diferencias obvias. En palabras de Angulo (2021) lo sostenido por el TC:

(...) acredita que la reputación es un derecho dinámico, que podemos entenderlo, dentro de lo que antes fue entendido como el derecho al libre desenvolvimiento y que ahora es el derecho al libre desarrollo y se vincula con el proyecto de vida que estima para sí cada persona. (p. 100)

En suma, de lo expresado, advertimos que, si bien -como graficaba Hurtado- tenemos sobre la mesa la posibilidad de entender -en materia penal- la existencia de dos bienes jurídicos (honor y reputación), en función a lo que se desprende del texto constitucional, o, reconocer la existencia de uno solo (honor), pero entendido en sus dos dimensiones, honor en sentido estricto y reputación, en función a lo que se desprende del Código Penal, no obstante, preferimos conciliar ambas perspectivas en su forma de entender a la reputación, diferenciándola del honor y otorgándole contenido propio, más allá de considerarla como un bien jurídico independiente (reputación propiamente) o una manifestación o dimensión del honor, pues, en esencia, el contenido de la reputación (para ambas tesis) seguirá siendo el mismo.

Es cierto que, para la doctrina penal mayoritaria y asentada el bien jurídico en los delitos contra el honor es el “honor”, sin embargo, el hecho que la propia doctrina y la jurisprudencia se haya tenido que ver en la necesidad de realizar precisiones en cuanto la existencia de una reputación diferenciada del honor individual o estático, dada su notoria esencia dinámica, que la hace merecedora de protección, nos da más claridad en lo que se pretende. Por tal motivo, sí es justificable hablar de honor y reputación de forma diferenciada, ya sea entendiéndolos como bienes jurídicos diferentes o manifestaciones del mismo bien jurídico pero independientes el uno del otro, es decir, es obvio que están vinculados, pero no dependen el uno del otro para su existencia y protección jurídica. Bastará, entonces, reconocer que la buena reputación merece reconocimiento y tutela propia; mostrar oposición al respecto resulta irracional y un despropósito.

En adición a lo sostenido, se considera también que, esta distinción -a todas luces- resulta necesaria y coherente, pues, como bien ha esgrimido el TC, reconocer una doble dimensión del honor permite expandir protección constitucional (y penal) más allá de las personas naturales, sino que, incluso, convierte en accesible tener como sujetos pasivos de tutela a las personas jurídicas de derecho privado, reconociéndosele a estas, reputación, pero no honor propiamente. El máximo intérprete de la Constitución, en la *Sentencia del Exp. N.º 0905-2001-AA/TC*, sobre el particular, ha establecido que:

(...) el fundamento último del reconocimiento del derecho a la buena reputación es el principio de dignidad de la persona, del cual el derecho en referencia no es sino una de las muchas maneras como aquella se concretiza. El derecho a la buena reputación, en efecto, es en esencia un derecho que se deriva de la personalidad y, en principio, se trata de un derecho personalísimo. Por ello, su reconocimiento (y la posibilidad de tutela jurisdiccional) está directamente vinculado con el ser humano.

Sin embargo, aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, este no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra la "imagen" que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación (...). (TC, 2002, ff. jj. 6 y 7)

En tal sentido, para efectos prácticos -y teniendo en cuenta que el Derecho Penal en cuanto a tutela de bienes jurídicos guarda estrecha vinculación con la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales- resulta razonable y útil entender al honor y a la reputación de forma diferenciada, ya sea como bienes jurídicos independientes o a través de las dos dimensiones del honor, pero ciertamente diferente una de la otra (estática: vinculado estrechamente a la dignidad humana y, dinámica: fundado en el libre desarrollo de la personalidad lo que le permite definir su reputación).

4. Delitos contra el honor

En el Perú, el Código Penal de 1991, vigente, como bien se ha detallado anticipadamente, en su Libro Segundo (“Parte Especial Delitos”), Título II (denominado “Delitos contra el Honor”), Capítulo Único (“Injuría, calumnia y difamación”), protege al bien jurídico honor a través de la regulación de “Los Delitos contra el Honor”, previendo tres tipos penales concretos: (i) injuria, prevista en el artículo 130; (ii) calumnia, prevista en el artículo 131; y (iii) difamación, prevista en el artículo 132, tanto su modalidad básica como agravada.

A continuación, se desarrollará -puntualmente- cada uno de los tipos penales mencionados, pero con un especial énfasis en la forma delictiva más gravosa, como es la difamación agravada (tercer párrafo del artículo 132), por ser el tipo penal de interés investigativo (en cuanto a su configuración típica subjetiva), no solo por su notoria recurrencia en la casuística peruana, sino por haber sido posible de divergentes y cuestionables pronunciamientos jurisprudenciales que, para los fines de la presente investigación, serán analizados y cuestionados con argumentos dogmáticos objetivos que, además de pretender unificar la jurisprudencia sobre el particular, buscan sentar las bases para garantizar la tutela debida del honor en sistema penal peruano.

Es necesario precisar que, se ha tenido a bien trabajar con el tipo de difamación agravada por razones de delimitación investigativa y porque la aplicación de los criterios dogmáticos aportados pueden ser extendidos sin problema a las formas delictivas menos graves (injuria, calumnia y difamación en su modalidad básica).

4.1. Política criminal nacional respecto a los delitos contra el honor

La política criminal de los delitos contra el honor en el Perú gira en torno a fundamentar la necesidad de penalización de tales figuras consideradas como delictivas (injuria, calumnia y difamación), es decir, “si es adecuado proteger penalmente el bien jurídico honor de la persona o debe ser materia del derecho civil” (Villavicencio, 2014, p. 491).

Para tal propósito, se rescata lo desarrollado por el denotado jurista Villavicencio (2014), quien describe con mucho acierto y concreción el enfoque de criminalización de las conductas que atentan contra el bien jurídico honor, en los siguientes términos:

La protección debe seguir en el ámbito del derecho penal, en la medida de lo posible, por razones preventivo-generales y especiales. De prevención general, al impedir que el honor (atributo inherente a toda persona en sociedad) sea estimada o tasada bajo parámetros económicos (valor económico del honor), que podría provocar en los mas-media (medios de comunicación u opinión) una suerte de aplicación del análisis económico del derecho, pues se indemnizaría por la afectación al honor (en la vía civil) y qué tanto de utilidad se obtendría con ello; no obstante, tendría efectos negativos a nivel social. Asimismo, en la actualidad, también cumple una función de prevención especial, al imponerse excepcionalmente pena privativa de la libertad efectiva y no puramente simbólica (v. gr. caso Paolo Guerrero contra Magaly Medina). (pp. 492-493)

Complementariamente, a tales postulados se agregarían los fundamentos expuestos en el acápite referido a la posición asumida sobre la concepción que define el contenido protegido del bien jurídico honor (concepción normativo funcional), reconociéndose la necesidad de tutela penal -que implica recurrir a la activación del *Ius puniendi* estatal- debido a la vinculación estrecha del honor con la dignidad humana y al derecho al libre desarrollo de la personalidad, pilares importantes para la vida en sociedad de toda persona, máxime si “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993, art. 1).

4.2. Injuria

4.2.1. Definición

Gálvez et al. (2017), refiere que “injuria” está compuesto por los términos *injuria* que significa “sin derecho”, considerándose sinónimo de lesión. Antiguamente -afirma el mismo autor- poseía un significado amplio que hacía referencia a cualquier agresión ilegal a los bienes de otro, que no estaba regulada o prevista de forma especial por alguna disposición; sin embargo, no es sino recién en el medioevo que los prácticos relacionaron la injuria a un concepto mucho más especializado, siendo destinado propiamente para referirse a los actos que ofendían el honor de los ciudadanos.

La injuria es, en definitiva, la manifestación de un juicio de valor que implica una desaprobación de la posición que la persona ofendida tiene en la sociedad, según

su propia estimación o la de los terceros, pero en consideración a las ideas imperantes en el cuerpo social. (Buompadre, como se citó en Peña, 2018, p. 163).

4.2.2. *Tipo penal*

La injuria en el sistema penal peruano está prevista como delito contra el honor, en los siguientes términos: “El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa” (Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, 1991, art. 130).

4.2.3. *Tipicidad*

a. Tipicidad objetiva.

En doctrina, se establece que la injuria constituye el tipo base de los delitos contra el honor, pues, contiene -en esencia- todos los elementos típicos de las demás formas delictivas, como son la calumnia y la difamación, razón por lo que todo lo que llegase a calzar en alguna de las tales figuras especiales, y ofenda el honor, podría calificar como una injuria (Gálvez et al., 2017).

a.1. *Bien jurídico protegido.*

El bien jurídico protegido, dada la postura adoptada y desarrollada anteladamente, lo constituye el honor, entendido en sentido estricto o en su dimensión estática, vinculado estrechamente con la dignidad de la persona humana como fundamento del desarrollo normal de su personalidad, el mismo que se manifiesta en la realidad como el derecho de ser respetado por todos por el solo hecho de ser humano.

En otros términos, se pretende proteger o resguardar el amor propio, el sentimiento de la dignidad personal o la autovaloración que hacemos de nuestra propia personalidad, de expresiones injuriantes (que denotan humillación, desprecio, etc.) que como efecto inmediato afectan el libre desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo. (Salinas, 2018, p. 429)

a.2. *Comportamiento típico: presupuestos de imputación.*

Conforme a la regulación típica de la injuria, “la ofensa o el ultraje es un elemento normativo del tipo penal que será llenado de contenido valorativo, que deberá colegirse con el contenido del bien jurídico tutelado y con las características esenciales del Derecho penal” (Peña, 2019a, p. 467).

La injuria se configura y, consecuentemente, el honor -concebido desde la posición normativo funcional asumida- se ve lesionado, cuando se ofende o ultraja

mediante palabras, gestos o vías de hecho (denominados modos o medios de comisión) que poseen aptitud (capacidad) suficiente o potencial como para afectar de forma razonable la vida social de cualquier individuo, obstaculizando, hasta incluso, tornando imposible el libre desarrollo de su personalidad, lacerando la dignidad humana; por tal motivo, no toda conducta, que en apariencia (formal) puede ser reputada como típica, se le otorga relevancia jurídico-penal (Peña, 2018). Esto es así porque, como bien refiere Núñez (1986), “(...) la injuria como deshonra o como descrédito, es siempre una conducta significativa de desmedro para las calidades estructurantes de la personalidad” (p. 58). Por ende, la conducta tendrá que valorarse de acuerdo a las características de cada caso en concreto, las particularidades del sujeto pasivo, el entorno social en el que se desenvuelve, etc., todo, en consenso con los principios de última *ratio* y de mínima intervención.

(...) el comportamiento típico de este delito no solo se configura con una conducta formalmente ofensiva o ultrajante, sino con una conducta que, independientemente de que sea verdadera o falsa, resulte idónea para influir negativamente sobre la consideración social o la propia valoración de la persona, por lo que en el juicio que el operador judicial realice a fin de establecer si estamos frente a un comportamiento típico, no solo deberá tomarse en cuenta las características objetivas de la acción lesiva del honor, sino las circunstancias fácticas en las que se produce y las consideraciones que la sociedad en su conjunto considera adecuadas para afectar la estima personal o comunitaria de una persona.

(Gálvez et al., 2017, p. 149)

Respecto a los modos o medios de comisión, Gálvez et al. (2017) refiere que el elemento normativo “ofender” puede ser ejecutado o materializado a través de palabras (en su forma verbal o escrita), o de modo simbólico o mediante representaciones (por caricaturas); mientras que el elemento “ultrajar” puede ser ejecutado mediante gestos (muecas, expresiones corporales, usualmente con el uso del rostro o las manos), o vías de hecho (abofetear, cortar el pelo, escupir, arrojar basura, etc.), u otro tipo de manifestaciones explícitas. Asimismo, precisa que tales ofensas o ultrajes deben ser concretas, es decir, no son de recibo expresiones de tipo vagas, abstractas y genéricas, a su vez, tienen ser proferidas directamente hacia una destinatario definido, identificado o identifiable, siendo indispensable la presencia del ofendido al momento de la emisión de la injuria (cuál fuere el medio), dado que, como arguye Salinas (2018), “si toma conocimiento de las expresiones ofensivas por medio de otra persona, podrá configurarse

otra conducta delictiva como, por ejemplo, el de difamación, pero nunca la conducta típica de injuria” (p. 427).

En doctrina se distinguen dos modos especiales de comisión de injuria: (i) la injuria implícita, oblicua o indirecta, y (ii) la injuria mediata o refleja.; la primera de ellas, se produce “cuando la acción no es explícita, es decir cuando el carácter lesivo de la conducta no es manifiesta ni clara (...) se infiere del contexto en que se expresan las palabras, gestos, actos, escritos (...)” (Gálvez et al., 2017, p. 153), estas pueden dar lugar la llamada injuria oblicua o encubierta; la segunda forma se caracteriza porque “(...) exteriormente, objeta un vicio ajeno, pero que puede recaer, sobre nosotros, como un descredito o un deshonor ” (Gómez, 1939, p. 278).

No se admite la posibilidad de conducta típica por omisión, pues, “(...) necesariamente, el hecho punible en análisis requiere comportamientos activos o positivos” (Salinas, 2018, p. 427).

a.3. Sujetos.

El sujeto activo o sujeto agente del delito es indiferenciado o común, es decir, puede ser cualquier persona psico-física que tenga capacidad de reproche penal (es decir, que no sea inimputable), incluyéndose a los adolescentes infractores de la ley penal. Es aplicable la autoría mediata cuando el agente se vale de un tercero instrumentalizado, pudiendo ser niños, personas enajenadas, incluso, animales (Gálvez et al., 2017). Si bien, “el tipo penal no exige alguna cualidad, calidad o condición especial para realizar el tipo objetivo” (Salinas, 2018, p. 429), no obstante, se excluye a las personas jurídicas, pues, estas no son pasibles de responsabilidad penal en el sistema penal peruano, sin embargo, ello no exime de responsabilidad a las personas naturales que las conducen y se puedan valer de las mismas para injuriar.

El sujeto pasivo o víctima también es considerado como indiferenciado, sin importar si se encuentran en estado de inconsciencia, minoría de edad, incapacidad, inimputabilidad, o cual fuere su condición, dado que, al poseer el honor un vínculo estrecho con la dignidad de la persona humana, todos sin distinción se pueden atribuir la titularidad de este bien jurídico, con excepción de los fallecidos, pues con la muerte también se pone fin al derecho en comento (Gálvez et al., 2017). Se excluye también la posibilidad de tutela de las personas jurídicas, pues, se trata de un delito que atenta contra un derecho personalísimo, propio y atribuible solo a los seres humanos; tal parecer es de Salinas (2018), quien afirma que no resulta posible considerar a las personas jurídicas como víctimas del delito de injuria “(...) debido a que al ser una creación ficticia del

derecho para efectos mayormente económicos, es imposible que tenga amor propio, sentimiento de su dignidad o se autovalore a sí misma” (p. 429).

b. Tipicidad subjetiva.

Al amparo de la regulación normativa del delito de injuria, se sostiene que el tipo subjetivo del injusto es exclusivamente doloso, no hay lugar a la penalización de conductas culposas, pues la ley penal no ha previsto modalidades de tal naturaleza en los delitos contra el honor. “Aquí es necesario dejar establecido que todas las conductas de relevancia penal que lesionan el bien jurídico honor, son de comisión dolosa” (Salinas, 2018, p. 429).

El tipo subjetivo exige que el sujeto activo actúe con conocimiento o conciencia y voluntad de realización del tipo objetivo. En primer orden, el agente conoce o es consciente del significado lesivo de la expresión que emplea contra el honor de otra persona al momento de proferirla, o sea, tiene plena conciencia de que con su conducta (ya sea por medio de palabras, gestos o vías de hecho) ofende o ultraja a una persona; en segundo orden, el sujeto activo siendo consciente de la lesividad de sus expresiones, las manifiesta voluntariamente.

Se descarta, por doctrina mayoritaria, la exigencia del denominado *animus iniuriandi*, concebido como “un ánimo especial de dañar o perjudicar efectivamente la honra ajena” (Gálvez et al., 2017, p. 154), ya sea como un elemento subjetivo distinto al dolo -postulado defendido por un sector de la doctrina y por la jurisprudencia mayoritaria de las Salas Penales de la Corte Suprema-, o entendido como equivalente al dolo -posición defendida por Salinas (2018) y determinada jurisprudencia de la Corte Suprema-, cualquiera de estas dos formas no son de recibo, puesto que, como bien refiere Peña (2018), en primer lugar, nuestra ley penal no contiene dentro de su estructura típica un elemento que dé lugar a la necesidad de probanza de alguna especial intención de ofender para fundamentar la tipicidad subjetiva de la injuria, y, en segundo lugar, tal exigencia conduciría a la impunidad de gran número de casos donde se verifiquen verdaderas injurias, eximiéndose de responsabilidad penal al ofensor, dada la notoria insuficiencia del dolo (desde tal concepción). En apartados posteriores se profundizará más al respecto, por ser de interés investigativo.

A entender de los investigadores, dada la naturaleza del delito de injuria, se admite la comisión dolosa en sus tres niveles de graduación, como son: (i) dolo directo o de primer grado: donde el agente pretende ofender o ultrajar a una persona (su cometido es la materialización del tipo objetivo), creando un riesgo no permitido de forma

consciente y voluntaria; (ii) dolo indirecto, de segundo grado o de consecuencias necesarias: donde el agente admite como necesaria la ofensa o ultraje de una persona (materializa el tipo objetivo) como consecuencia de la ofensa o ultraje de otra (resultado típico principal que pretende), por ejemplo, cuando se busca ofender a alguien usando la expresión verbal “hijo de p...” estando presente la madre del ofendido al materializar dicho acto (la ofensa a la madre es una consecuencia necesaria de la ofensa al hijo -debido al contenido propio de la denostación-) dando lugar a un concurso ideal de delitos por existir dos ofendidos con una sola acción (el hijo -por dolo directo- y la madre -por dolo indirecto-); y (iii) dolo eventual o de tercer grado: aquí, si bien, el agente no busca la materialización del tipo objetivo, pero se representa la elevada probabilidad de producirse y muestra conformidad e indiferencia a la lesión del bien jurídico.

Respecto de este último nivel o tipología del dolo (dolo eventual), líneas *infra* se hará un desarrollo profuso enfocado en el tipo de difamación agravada, considerándose como último filtro en el juicio de tipicidad subjetiva, sin necesidad de recurrir a la teoría de los *animus* y analizar elementos subjetivos distintos al dolo; haciendo uso, por supuesto, de aportes dogmáticos del Funcionalismo.

Por las razones expuestas, resulta suficiente la acreditación (prueba) del dolo (cuál fuere su nivel de graduación) para satisfacer las exigencias de tipicidad subjetiva del tipo de injuria.

Los casos de error de tipo vencible e invencible son aplicables en el juicio de tipicidad de la injuria, en tanto se acredite el error o ignorancia sobre el significado ofensivo o ultrajante para el honor de determinada expresión, eliminándose la tipicidad en cualquiera de las dos formas (invencible y vencible), pues, la ley no regula injurias culposas.

4.2.4. Antijuridicidad

Habiéndose verificado que la conducta se adecúa en el tipo penal de injuria, corresponde analizar la antijuricidad de la misma, esto es, “(...) determinar si la conducta es contraria al ordenamiento jurídico o, en su caso, está permitida por concurrir alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal” (Salinas, 2018, p. 431).

El suspuesto de causa de justificación por excelencia en el caso de los delitos contra el honor es el consistente en obrar en el ejercicio legítimo de un derecho (previsto en el art. 20, inc. 8 del código penal), siendo los derechos más recurrentes y alineados a la naturaleza de estos delitos, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la

información (no se descartan otros), cuya aplicación habrá de realizarse bajo los criterios de ponderación y proporcionalidad desarrollados en el Acuerdo Plenario N.º 03-2006/CJ-116. Vale precisar que también son aplicables los otros supuestos contenidos en la norma citada, como son el obrar “(...) por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un (...) oficio o cargo” (Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, 1991, art. 20, inc. 8).

Se admite la legítima defensa (previsto en el art. 20, inc. 3 del código penal), por ejemplo, cuando “(...) alguien acusa a otro de un hecho grave, y el ofendido se limita a desmentirlo, pero a su vez, atribuye a su agresor la calidad de mentiroso, estaremos frente a una legítima defensa” (Gálvez et al., 2017, p. 217); así como también, se admite el consentimiento (previsto en el art. 20, inc. 10 del código penal), “(...) dado el carácter altamente personalísimo del ‘honor’ (...), al resultar prelavante la decisión de su titular en cuanto a su libre disponibilidad, que se afirma con la naturaleza privada de su persecución penal” (Peña, 2019b, p. 407).

4.2.5. *Culpabilidad*

En cuanto al juicio de culpabilidad, en términos de Salinas (2018), se debe determinar si el sujeto agente de la acción o expresiones injuriantes es imputable (es mayor de edad y no padece de alteración mental alguna); luego, se deberá verificar si el agente en el preciso momento de proferir las palabras o frases ofensivas al honor de su víctima, conocía la antijuridicidad de su conducta (es aplicable el error de prohibición: cuando el sujeto activo ofende o ultraja el honor del pasivo creyendo que la ley le permite defender su honor de hombre a cualquier costo). Finalmente, se deberá determinar si el agente tenía otra alternativa que no sea injuriar a la víctima, pues, de acreditarse lo contrario, la conducta no resultará culpable, ante la posibilidad de estar frente a un actuar bajo estado de necesidad exculpante.

4.2.6. *Naturaleza jurídica, tentativa y consumación*

La doctrina mayoritaria define al delito de injuria como un tipo formal o de mera actividad (por las consecuencias de la acción) y de lesión (por el grado de afectación del bien jurídico); se considera conveniente y razonable esa posición doctrinaria, dada la construcción típica del tipo y el bien jurídico protegido (honor). Peña (2018), arguye que “los delitos contra el honor son de carácter formal de mera acción o también llamados ‘de pura actividad’ (...)” (p. 172), se consuman con prescindencia de la producción de un resultado material, esto último no debe confundirse con la lesión o afectación del bien jurídico como refiere Meini (2014), porque son dos cosas distintas; siendo que, en el caso

de la injuria no existe un objeto material sobre el cual recaería la acción propiamente. Se coincide con Salinas (2018), cuando sostiene que:

La conducta delictiva de injuria se perfecciona en el mismo instante que el sujeto pasivo o destinatario de las expresiones ofensivas o ultrajantes escucha u observa en forma directa aquellos términos, gestos o vías de hechos que lesionan su honor, o en el caso de haberse emitido las expresiones injuriantes por medio de la escritura, el hecho punible se consuma cuando el destinatario llega a leer u observar lo escrito o dibujado. (pp. 431-432)

Esto quiere decir que, el tipo de injuria se consuma en el momento que se lesiona el amor propio o dignidad del sujeto pasivo (honor), lo cual, solo se ha de producir cuando el destinatario -de forma directa- escucha, lee u observa las expresiones ofensivas o ultrajantes, debiendo ser estas lo suficientemente idóneas para lesionar el bien jurídico. “Cuando la injuria se dirige contra varias personas hay tantos delitos de injuria cuantas son las personas ofendidas” (Peña, 2019a, p. 472).

Admitir formas de imperfecta ejecución (tentativa) en el delito de injuria se rechaza por doctrina mayoritaria, dado que, los tipos de mera actividad “(...) describen únicamente el comportamiento de riesgo prohibido y no prevén la causación de un resultado separable espacial y temporalmente” (Meini, 2014, p. 72).

4.3. Calumnia

4.3.1. Definición

Desde el enfoque semántico y jurídico internacional la calumnia es definida y entendida como la imputación o acusación falsa de un delito hacia una persona, acepción recogida por la RAE (2001). Se afirma que, por su contenido, tiene una esencia injuriante, es decir, ofensiva, así opina Salinas (2018), afirmando que la calumnia “(...) viene a ser una especie de las conductas injuriantes (...)” (p. 433). En la misma línea, Gálvez et al. (2017), refiere que “la calumnia es una injuria cualificada, en ese sentido, entre la injuria y la calumnia, existe una relación de especialidad” (p. 159).

4.3.2. Tipo penal

La calumnia en el sistema penal peruano está prevista como delito contra el honor, en los siguientes términos: “El que atribuye falsamente a otro un delito, será reprimido con noventa a ciento veinte días-multa” (Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, 1991, art. 131).

4.3.3. Tipicidad

a. Tipicidad objetiva.

Si bien, se sostiene que la calumnia posee un contenido injuriante, no obstante, “(...) se trata de un injusto de mayor desvaloración antijurídica, pues es de verse que la atribución de haber cometido un delito supone una mayor afectación al bien jurídico tutelado (...)” (Peña, 2019a, p. 474). La gravedad de calumnia comparada con el tipo de injuria se ve reflejada en la penalidad dispuesta por el legislador, lo cual, se de cierta forma, halla justificación, dado que, atribuir una conducta delictiva deviene en más gravosa que una ofender de cualquier forma (salvando particulares excepciones que tienen que ver con los sujetos y el contexto en el que se profirieren las injurias).

a.1. Bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido, una vez más, al tenor de la postura adoptada y desarrollada con antelación, lo constituye el honor, entendido en sentido estricto o en su dimensión estática, vinculado estrechamente con la dignidad de la persona humana como fundamento del desarrollo normal de su personalidad, el mismo que se manifiesta en la realidad como el derecho de ser respetado por todos por el solo hecho de ser humano. En el mismo sentido, opina Salinas (2018), al referir que “el bien jurídico que se pretende tutelar o proteger (...) viene a ser el derecho al honor conceptualizado como el derecho que tenemos todas las personas de ser respetados por los demás en tanto seres racionales con dignidad” (p. 436); del mismo parecer es Gálvez et al. (2017).

a.2. Comportamiento típico: presupuestos de imputación.

La conducta típica de calumnia consiste en la acción (comportamiento activo: comisión, no se admite la omisión) de atribuir o imputar falsamente (por cualquier medio: oral, escrito, audiovisual, etc.) la comisión de un delito (conducta típica, antijurídica y culpable) a otra persona, de forma directa o a través o ante un tercero, pero que, en cualquier forma, el sujeto pasivo tenga conocimiento de la imputación efectuada en su contra. Conforme a la construcción del tipo, “necesariamente tiene que tratarse de un hecho delictivo falso el que ha sido atribuido al sujeto pasivo” (Salinas, 2018, p. 433), donde es posible advertir dos supuestos que alcanzan tal falsedad: el sujeto agente tiene conocimiento que (i) el delito que atribuye a la persona no ha sido cometido por esta sino un tercero, o, (ii) el delito que imputa no se ha producido en la realidad (es un invento suyo).

Debe tratarse de una imputación precisa o concreta (sin importar si se hace referencia exacta al delito o la calificación jurídica del hecho), cuanto menos verosímil o creíble, o sea, que pueda apreciarse que el sujeto (persona determinada o determinable) al que se le atribuye la conducta delictuosa esté en condiciones de materializar tal delito

(se descartan las imputaciones fantasiosas); asimismo, tiene que tratarse de un hecho cometido, inequívoco, concreto y determinado, mas no de una “prognosis delictiva”, como lo denomina Peña (2019a), por lo que, “no configura el delito la atribución de una presunta conducta delictiva a cometerse en el futuro (...)” (Gálvez et al., 2017, p. 160).

Resulta indiferente que el delito atribuido sea en grado de tentativa o consumado, de tipo doloso o culposo, si se trata de un delito de comisión u omisión, de acción privada o pública, tampoco es de relevancia el título de imputación (autor o partícipe), sino, basta que la conducta imputada falsamente sea típica, antijurídica y culpable, lo cual quiere decir que, si el sujeto activo al momento de proferir la imputación hace referencia a alguna causa de ausencia de acción, una circunstancia que elimina la tipicidad, una causa de justificación o de excusación, no se configura el delito de calumnia (Gálvez et al., 2017). El señalamiento de una causa que excluya la punibilidad (excusa absolutoria), o referir que el delito ha prescrito, no enerva la responsabilidad penal por calumnia.

Es importante precisar que, cuando no tiene lugar el delito de calumnia es necesario analizar la posibilidad de imputación del delito de injuria, pues, como ya se dijo, la calumnia es una injuria cualificada, donde, al no reunirse todas sus exigencias típicas (cualificadas) abren paso a la injuria por ser esta residual y un tipo base en los delitos contra el honor; por ejemplo, cuando se atribuye la comisión de un delito respecto del cual el sujeto pasivo ya ha cumplido una condena, o cuando en vez de atribuir un delito se imputa una falta, en ambos casos, es posible la configuración de la injuria, pese a que no se pueda sancionar por calumnia.

a.3. Sujetos

Sobre el sujeto activo del tipo de calumnia, se tendrán en cuenta las mismas consideraciones establecidas en la injuria, esto es que, “el agente del delito puede ser cualquier persona” (Gálvez et al., 2017, p. 159); persona psico-física (natural), que se encuentra en condiciones (capacidad legal) para realizar la conducta típica de forma consciente y voluntaria, incluyéndose a los adolescentes infractores de la ley penal (a quienes se les aplica medidas socioeducativas), negándose la posibilidad de comisión por parte de personas jurídicas (Peña, 2019a).

En cuanto a sujeto pasivo, tan igual que en la injuria, “(...) solo puede ser sujeto pasivo la persona física o natural (...)” (Salinas, 2018, p. 437), mas no la persona jurídica, dado que esta, más allá de no tener dignidad y honor nuclear (propio de los seres humanos), no tiene capacidad de reproche penal (no tiene responsabilidad penal), por ende, no se le podría atribuir falsamente la comisión de delitos (debido a los presupuestos

de imputación expuestos), a menos que la imputación sea dirigida a las personas naturales que las conducen. Tampoco pueden ser considerados sujetos pasivos las personas fallecidas o declaradas presuntamente muertas por ya no tener honor, sin embargo, subsiste la memoria de estos, lo cual permitiría activar la acción penal privada por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos. En el caso de los inimputables, así como menores de edad, refiere Peña (2019a), se tiene que analizar caso por caso, dependiendo de la naturaleza del delito atribuido, a fin de determinar la posibilidad de imputación.

b. Tipicidad subjetiva.

Al igual que en el delito de injuria, la calumnia es puramente dolosa, debido a que, la ley no prevé formas culposas de comisión; asimismo, conforme a la postura adoptada, no se requiere la acreditación de algún elemento subjetivo distinto al dolo como es un ánimo especial intensificado de calumniar (*animus calumniandi* que esconde, por tener naturaleza injuriosa, un *animus iniuriandi*). Dicha posición dogmática es defendida por Gálvez et al. (2017), al sostener que “(...) el delito de calumnia no requiere de la concurrencia de algún ánimo especial, bastando tan solo la presencia de dolo. No se admite la forma culposa” (p. 163).

Se cuestiona en doctrina si la falsedad de la imputación delictiva es abarcada por el dolo, es decir, si aquella está incluida en el tipo objetivo de calumnia y, por tanto, debería formar parte del conocimiento del sujeto agente. Peña (2018), sostiene que resulta irrelevante la veracidad o falsedad de la imputación, dado que, el bien jurídico del sujeto pasivo igualmente se vería perjudicado, y que, por tal razón, lo que se tendría que valorar es su actitud frente a la verdad (veracidad subjetiva), esto es, su diligencia en indagar -agotando todos los medios posibles- la veracidad de la información atribuida. Sin embargo, mostramos disentimiento de tal postura, pues, aceptarla implicaría desnaturalizar el tipo de calumnia, ya que, todas las imputaciones delictivas -falsas o verdaderas- serían consideradas típicas de calumnia sin excepción, más allá si en el campo de la antijuricidad puedan ser justificadas o no. Si la preocupación va por el lado de la tutela del honor y no dar lugar a la impunidad, basta con recurrir al tipo de injuria (residualmente) en los casos de imputaciones veraces; en cualquier caso, el fuero de la antijuricidad toma protagonismo para definir si se está o no ante un injusto penal.

En esa línea de ideas, se sostiene que la construcción típica de la calumnia admite también la posibilidad de probar la veracidad de la imputación, por lo que imputar verazmente un delito no califica como calumnia, empero, sí podría configurar una injuria

según las características de cada caso en concreto, pues, nadie está habilitado de divulgar o restregar en el rostro ajeno la comisión de una conducta delictuosa, a menos que opere la aplicación de una causa de justificación suficiente para eliminar la antijuricidad de la conducta. Se admite el error de tipo vencible e invencible.

Bastará, entonces, con la prueba del dolo, esto es, conocimiento y voluntad del sujeto agente: conocimiento que está atribuyendo falsamente un delito a su víctima (teniendo conciencia del carácter lesivo de tal imputación), y voluntad de la materialización del tipo objetivo. Se admiten las formas dolosas en su primer y tercer nivel de graduación, es decir, dolo directo y eventual, respectivamente, dado que, “(...) el sujeto realiza la imputación conociendo de su falsedad o siendo consciente de que no cuenta con un fundamento razonable para efectuar la imputación (dolo eventual)” (Gálvez et al., 2017, p. 163). Resulta discutible -pero no descartable- la admisión del dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, sin embargo, dependerá de las características propias del caso.

4.3.4. Antijuridicidad

Habiéndose verificado que la conducta se adecúa en el tipo penal de calumnia, corresponde analizar la antijuricidad de la misma, esto es, “(...) determinar si la conducta es contraria al ordenamiento jurídico o, en su caso, está permitida por concurrir alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal” (Salinas, 2018, p. 438).

Se aplican los mismos criterios expuestos en el tipo de injuria. Vale decir que, obrar “(...) por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo” (Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, 1991, art. 20, inc. 8), así como, actuar en legítima defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, o manifestar consentimiento, justificarían la conducta calumniante.

En el caso de obrar en ejercicio legítimo de un derecho, deviene en necesario, analizar una serie de elementos o factores que han de reflejar una conducta diligente del sujeto agente, esto es, que denote su preocupación por contrastar y comprobar su fuente de información para llegar al estado de inferencia que lo determinó a atribuir falsamente el delito a su víctima.

4.3.5. Culpabilidad

Superado el tamizaje de la conducta en el fuero de la antijuricidad, corresponde efectuar análisis dentro del campo de la culpabilidad, donde, en términos de Salinas (2018):

(...) corresponde al operador jurídico determinar si el agente de la imputación falsa es imputable, es decir, es mayor de edad y no sufre de alguna alteración mental; luego, deberá verificar si el agente al momento de atribuir falsamente la comisión de un delito al agraviado, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, conocía que estaba actuando en contra del derecho. Aquí, muy bien, puede configurarse un error de prohibición. Acto seguido, deberá verificarse si el agente al momento de calumniar tenía otra alternativa a la de pejigar el honor de la víctima. Si llega a determinarse que, en el caso concreto, el agente no tenía otra alternativa que ofender el honor del sujeto pasivo, la conducta no será culpable, pues es posible que estemos ante un estado de necesidad exculpante. (pp. 438-439)

4.3.6. *Naturaleza jurídica, tentativa y consumación*

Sobre la naturaleza jurídica de la calumnia, Bramont (como se citó en Salinas, 2018) establece que -por las consecuencias de la acción- “(...) se trata de un delito formal o instantáneo (...)” (p. 439), también llamado de mera actividad, además, es considerado por Peña (2019a) -en función el grado de afectación del bien jurídico- como un tipo penal de lesión.

Ahora bien, en cuanto a la consumación de la calumnia, Salinas (2018), manifiesta que existen dos formas: primero, se consuma en el preciso momento en que se realiza la imputación falsa del delito en presencia del agraviado; segundo, cuando la imputación se hace ante un tercero en ausencia del sujeto pasivo la calumnia se perfecciona cuando se le hace saber al agraviado sobre la imputación falsa, en otras palabras, “el delito se consuma cuando la calumnia llega a conocimiento del destinatario (sujeto pasivo)” (Gálvez et al., 2017, p. 163). “En consecuencia, si la imputación supuestamente falsa no llega a conocimiento del supuesto agraviado o de sus parientes, en caso de haber fallecido aquel, estaremos frente a una conducta penalmente irrelevante” (Salinas, 2018, p. 439).

Existen quienes consideran admisible la tentativa, sin embargo, se disiente respecto a ello, por las mismas razones que en el delito de injuria. Resulta necesario, entonces, que la atribución falsa llegue a conocimiento del agraviado y este pueda discernir si está ante una imputación veraz o falsa.

4.4. Difamación

4.4.1. Definición de difamación

Semánticamente, la RAE (2001) establece que la construcción conceptual de “difamación” hace referencia a la acción de difamar, que consiste en desacreditar a alguien -mediante palabras o escritos- publicando algún contenido en contra de su buena opinión y fama.

En el ámbito jurídico penal, Carrara (como se citó en Peña, 2018) entendía a la difamación como “(...) la imputación de un hecho criminoso o inmoral, dirigido dolosamente contra un ausente y comunicado a varias personas separadas o reunidas” (p. 198). Por su parte, Gómez (1939), sostiene que la difamación se define como “(...) la ofensa a la reputación ajena que se comete comunicándose con varias personas y fuera de la presencia del ofendido” (p. 284). Ambas definiciones resaltan la trascendencia colectiva de lo comunicado o expresado, es decir, que lo que caracteriza a la difamación es la divulgación ante varias personas de alguna expresión que ofenda o pueda ofender la reputación de algún individuo.

Angulo (2021), refiere que “la difamación, como modalidad de ataque contra el honor, (...) es la última figura jurídico penal en surgir y, hoy en día, la que más vitalidad posee y, en función del desarrollo actual de los medios de comunicación, la que más problemáticas genera” (p. 199).

4.4.2. Tipo penal

En el sistema penal peruano la difamación se encuentra reconocida como un tipo penal independiente a la injuria y a la calumnia, dadas sus notorias características reguladas de la siguiente forma:

El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días-multa.

Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días-multa.

Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y

de ciento veinte a trescientos sesentacinco días-multa. (Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N.^o 635, 1991, art. 132)

Sobre la autonomía del delito de difamación anotada, Rojas (1999), expresa acertadamente que:

Nuestra legislación penal ha hecho de la difamación una figura penal autónoma, apartándose así del contexto legislativo internacional que lo considera a lo sumo una molidad agravada de la injuria o calumnia, caracterizada por la difusión o propagación masiva del hecho ofensivo o denigrante. (p. 154)

Es necesario precisar que, el legislador peruano en el primer párrafo del art. 132, ha reconocido una modalidad delictiva simple o básica de difamación, mientras que, en los dos párrafos sucesivos, ha previsto formas agravadas de comisión.

4.4.3. *Tipicidad*

a. Tipicidad objetiva.

En doctrina se establece que el tipo objetivo de difamación subsume o consume dentro de sus elementos constitutivos a los tipos penales de injuria y calumnia, no obstante ello, se le considera como una figura delictiva diferente, pues, su contenido es agravado por los alcances de la conducta antijurídica (dada la mayor lesividad del posible resultado), derivada de la difusión de la noticia (atribución de un hecho, cualidad o conducta) ante varias personas (Peña, 2018). Asimismo, se dice que:

(...) la difamación se aleja de la injuria porque esta última es hecha de modo directo al agraviado, mientras la difamación no, y se diferencia de la calumnia, porque esta última siempre supone atribuir un delito, mientras que la difamación consiste en atribuir toda otra cosa que igualmente desacredite. (Angulo, 2021, p. 200)

En tal sentido, la difamación “(...) se constituye en el ilícito penal de mayor gravedad entre los que lesionan el honor” (Salinas, 2018, p. 440).

a.1. *Bien jurídico protegido.*

Sobre el particular, Gálvez et al. (2017), se limita a sostener, sin mayor extensión que, en la difamación “el bien jurídico protegido es el honor de la persona” (p. 167), lo cual es cierto, sin embargo, siempre resulta necesario efectuar precisiones en función a la posición asumida que reconoce la utilidad de diferenciar entre honor y reputación (cuál fuere su forma de entenderlos). Por lo que, se sostiene acertadamente que el tipo penal de difamación tutela, a su vez, la buena reputación de las personas (sean naturales o jurídicas).

(...) la difamación, como su nombre lo indica, lo que ataca es la fama o la reputación del agraviado, es decir la fama que ya tiene, pues de no gozar de aquella, lo que se atacará es su derecho a hacer su fama, a generar ese crédito que toda persona podría tener. (Angulo, 2021, p. 200)

Complementariamente a lo anotado, Salinas (2018), advierte que, en la difamación se afecta tanto el honor (autoestima y dignidad personal) como la buena reputación (valoración personal que hacen los demás o fama) de la persona, dado que, “con la difamación, el sujeto pasivo se siente humillado, y a la vez el grupo social donde se desenvuelve lo ve con recelo y, cuando no, lo rechaza” (p. 444). Esta visión no es antojadiza, pues, en la redacción penal del tipo se aprecian los intereses fundamentales que se pretenden proteger, al regular que la conducta difamatoria pueda perjudicar el “honor o reputación” de alguna persona (sujeto pasivo).

a.2. Comportamiento típico: presupuestos de imputación.

El comportamiento típico de difamación consiste en atribuir un hecho, una cualidad o una conducta que pueda afectar o lesionar el honor de una persona, debiéndose realizar la conducta, necesariamente, ante varias personas (dos a más) reunidas o separadas, pero de manera que exista la posibilidad de difundirse lo atribuido (Salinas, 2018). La particularidad de la difamación -donde yace su diferencia con los otros tipos penales contra el honor- es la propalación, difusión o divulgación de la atribución (noticia) o que exista la posibilidad objetiva de difusión, dado que, esta circunstancia convierte en más gravosa a la conducta, por considerarse más lesiva al bien jurídico. Así opina Gálvez et al. (2017), al sostener que la difamación “(...) adquiere mayor relevancia penal por el hecho del mayor perjuicio ocasionado a la víctima con la difusión de la atribución realizada en su contra, dado que el honor de esta ha sido lesionado ante un indeterminado grupo de personas” (p. 170)

Partiendo de la construcción típica del tipo de difamación, cuando el legislador hace mención de atribución a una persona de un “hecho”, hace referencia a “(...) un suceso o acontecimiento (...) que deteriora su honor ante los ojos del grupo social en donde hace su vida normal” (Salinas, 2018, p. 443), en términos de Angulo (2021), “(...) un hecho es algo que ya se ha realizado en el tiempo y en el espacio y puede ser de conocimiento público o no” (p. 211); cuando se atribuye una “cualidad”, el sujeto agente “(...) achaca a la víctima una condición o calidad personal que puede ser de carácter intelectual, moral o física que le perjudica en su honor” (Salinas, 2018, p. 443), es decir, se atribuye una forma de ser, “(...) un rasgo o característica presunta que es negativa (...)”

(Angulo, 2021, p. 212), y coloca al agraviado como una persona con defectos ante la sociedad donde se desenvuelve con normalidad; finalmente, la atribución de una “conducta”, hace referencia a cuando el sujeto agente “(...) imputa o inculpa al sujeto pasivo un modo o forma de proceder (...)” (Salinas, 2018, p. 443), o sea, un actuar positivo u omisivo, “(...) se señala a una persona como autora de acciones o comportamientos, (...) voluntarias y libremente realizadas (...) con objetivos concretos (...)” (Angulo, 2021, p. 214). En cualquiera de los casos, resulta irrelevante si el contenido de lo atribuido es verdadero o falso, solo importa si pone en peligro o lesiona el bien jurídico honor o reputación del sujeto pasivo.

Salinas (2018) y Gálvez et al. (2017), afirman que la difamación -debido al mandato del verbo rector “atribuir”- es un tipo penal de comisión, por lo que, solo puede configurarse a través de una conducta o acción positiva, negándose la admisión de conductas omisivas. Dicha acción positiva puede materializarse haciendo uso de cualquier medio, verbal, escrito, gráfico, etc., siempre que sea capaz o idóneo para difundir la atribución emitida por el sujeto agente. Es necesario tener en cuenta que, “para que se realice dicha atribución ofensiva no es necesario que la persona se halle presente al momento en que ocurre el agravio a su honor” (Gálvez et al., 2017, p. 169).

a.3. Sujetos

En el tipo de difamación cualquier persona puede ser sujeto activo, agente o autor de la conducta, dado que, no se exige que este posea una determinada cualidad o condición personal de carácter especial, pues, solo es necesario poseer capacidad de reproche penal, así como conciencia y voluntad para actuar conforme a las exigencias típicas del tipo penal (Salinas, 2018). Es necesario que se trate de un “(...) sujeto capaz civilmente y que, por ello, autodetermine su conducta” (Angulo, 2021, p. 219).

En cuanto al sujeto pasivo, se sigue las mismas consideraciones anotadas en el tipo de injuria, esto es que, “(...) puede ser cualquier persona natural o física” (Salinas, 2018, p. 445), considerándose también a las personas jurídicas por reconocerse en estas la posibilidad de contar con reputación, pero no con honor, ya que este es propio y exclusivo de las personas naturales, por su contenido estrechamente vinculado a la dignidad humana.

(...) las personas individualmente consideradas pueden ser sujetos de delitos contra su honor cuando la agresión se ha materializado contra un grupo humano del cual forma parte, el cual debe caracterizarse por una neta y consistente

personalidad por cualquier rango dominante en su estructura y cohesión, como el histórico, étnico, sociológico y/o religioso. (Gálvez et al., 2017, p. 168)

En conclusión, citando a Gálvez et al. (2017), “tanto el agente del delito como el sujeto pasivo pueden ser cualquier persona” (p. 167), precisándose que, las personas jurídicas solo pueden ser consideradas sujetos pasivos, mas no activos.

b. Tipicidad subjetiva.

Tan igual como ocurre con los tipos penales de injuria y calumnia, la difamación únicamente “(...) es de comisión dolosa (...)” (Salinas, 2018, p. 458), es decir, se imputa a título de dolo (en cualquiera de sus tipos o niveles de graduación); así también lo expresa Gálvez et al. (2017) al sostener que, “el presente tipo penal es doloso” (p. 170), por lo que, no se admiten -por principio de legalidad penal- formas culposas de comisión, esto es, imputar este delito a título de culpa.

La conducta dolosa consiste “(...) en la divulgación voluntaria del hecho, calidad o conducta difamatoria, teniendo la conciencia de propalar un hecho que puede perjudicar el honor o la reputación” (Bramont-Arias, 1990, p. 154).

En cuanto a la exigencia por parte de cierto sector de la jurisprudencia (y de la doctrina, por supuesto) del denominado *animus difamandi* (especial intención o ánimo de lesionar el honor o reputación a través de una conducta difamatoria) como un elemento subjetivo distinto al dolo (tipo de tendencia interna intensificada) que requiere ser probado para la configuración típica subjetiva de la difamación, se muestra disentimiento total, incluso, respecto de aquellas posturas -como la que defiende Salinas (2018)- que pretenden considerar como equivalentes al dolo y al *animus difamandi*, pues, en ningún caso se guarda correspondencia con la construcción típica del delito, sino, solo vulneran el principio de legalidad penal que rige nuestro sistema penal peruano, al añadir elementos subjetivos que exceden los alcances, contenido y ámbito de protección normativo. En esa misma línea opina Peña (2019a), sosteniendo que:

Al igual que el caso de la injuria y la calumnia, basta que el elemento subjetivo del injusto venga conformado por el dolo del agente, de saber que la difusión de la noticia, mediando atribución de hechos (delictivos) o de calificativos ofensivos (...) resultan perjudiciales para la posición social del ofendido, en cuanto a sus relaciones con los demás, sin necesidad que se exija la presencia de un ánimo (...). (p. 493)

Resulta, entonces, suficiente la acreditación del dolo para satisfacer las exigencias de tipicidad subjetiva en el tipo de difamación, siendo el dolo eventual el último filtro de análisis de imputación subjetiva, como a continuación se precisa.

En cuanto a la admisión del dolo directo, o de primer grado, no hay mucho problema, pues, la conducta del sujeto agente consistirá en el conocimiento de la posibilidad de lesión (puesta en peligro) del honor o reputación del sujeto pasivo al atribuirle determinado hecho, cualidad o conducta ante varias personas (reunidas o separadas) y la voluntad de querer materializar el tipo, esto es, buscar o pretender el resultado puesta en peligro del honor o reputación con la atribución divulgada. Respecto al dolo de consecuencias necesarias, o de segundo grado, el análisis se ajusta, pues, el agente inicialmente no pretende poner en riesgo (o lesionar) el honor o reputación de la persona, sin embargo, lo considera necesario para consumar su pretensión principal de poner en riesgo de lesividad al honor o reputación de otra persona; aquí, es aplicable el mismo ejemplo utilizado en el tipo de injuria, donde el agente pretendiendo ofender o ultrajar a determinada persona con la expresión “hijo de p...” de forma necesaria tuvo que ofender también a la madre de dicho individuo al escoger (voluntaria y conscientemente) proferir tal improperio, solo que, para que tal conducta encuadre en el tipo de difamación el agente debe realizar la ofensa ante varias personas o divulgándolo a través de medios idóneos que permitan la difusión de lo atribuido. Finalmente, se admite el dolo eventual o de tercer grado, como último nivel de imputación subjetiva, pues, el sujeto agente, si bien, al atribuir el hecho, cualidad o conducta, no busca o pretende el resultado (puesta en peligro del honor o reputación), no obstante, conoce, se representa, es consciente o sabe que con su acción existe la alta posibilidad de producir tal resultado, lo acepta con indiferencia y voluntariamente realiza la conducta; es el caso, por citar un ejemplo, cuando una determinada persona no muestra debida diligencia en indagar la veracidad o verosimilitud de la atribución -noticia- que pretende publicar originalmente en redes sociales, sabiendo que el contenido de la misma puede lesionar el bien jurídico honor o reputación de una persona, sin embargo, realiza la divulgación, mostrando evidente indiferencia hacia la verdad y una aceptación tácita del resultado potencial e inminentemente lesivo.

No se admite, desde la posición dogmática asumida, la posibilidad de anular la tipicidad subjetiva a través del enfrentamiento probatorio del *animus difamandi* versus otro *animus*, por ejemplo, *animus informandi, narrandi, corrigendi*, etc., pues, como se expondrá en el capítulo siguiente, esta discusión o conflicto de intereses encuentra mejor

ámbito de análisis en el fuero de la antijuricidad, a través de las denominadas causas de justificación, categoría o elemento del delito que permite verificar si la conducta típica es contraria a Derecho o, en su defecto, está justificada (verbigracia: por haber obrado en el ejercicio legítimo de un derecho -vale precisar que no es la única forma de excusar tales conductas-).

4.4.4. Antijuricidad

Tras haber superado las exigencias objetivas y subjetivas del tipo penal de difamación (juicio de tipicidad), la conducta pasa a denominarse “típica”, correspondiendo analizar si concurre o no alguna circunstancia que justifique su materialización, es decir, si es antijurídica (contraria al ordenamiento jurídico) o no, en función a los alcances del artículo 20 del Código Penal.

Una de las causas de justificación pasibles de ser aplicadas en los casos de difamación sería el consentimiento, así lo expresa -con mucho acierto- Salinas (2018):

Al ser perseguibles por acción privada todos los delitos contra el honor, por disposición expresa de la Ley, se concluye que el bien jurídico ‘honor’ es de libre disposición. En tal sentido, el consentimiento muy bien puede argumentarse o presentarse como causa de justificación de una conducta típica de difamación. (p. 460)

Otras de las causas de justificación aplicables es el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, no admitiéndose -en ningún caso- el ejercicio abusivo del derecho, como sostiene Peña (2019a), por lo que, deviene en necesario en realizar un análisis de ponderación y proporcionalidad cuando se advierte que existen intereses fundamentales contrapuestos, como pueden ser el derecho al honor o buena reputación y los derechos a la libertad de expresión y derecho a la información. Mayor extensión sobre el particular se realizará al analizar las modalidades agravadas de la difamación.

Se admite, en doctrina, la posibilidad de considerar a la legítima defensa como causa de justificación de una conducta típica de difamación, en los casos donde se profiera una agresión inicial ilegítima real y actual, no provocada y que exista racionalidad del medio empleado que permita repelerla, por ejemplo, cuando determinado individuo atribuye a otro -frente a varias personas reunidas- haberlo estafado y que, por tanto, no confíen en este, generando que el ofendido le responda -bajo los mismos medios- tildándolo de difamador, farsante, mentiroso o embusterio, ello con el propósito de repeler la agresión en su contra y evitar -o disminuir- la afectación de

su honor o reputación ante una eventual confirmación tácita generada si no hubiera dicho nada en su defensa.

4.4.5. *Culpabilidad*

En esta etapa, sostiene Salinas (2018), primero “(...) corresponde al operador jurídico determinar si el agente de la acción o de las expresiones difamatorias es imputable, es decir, si es mayor de edad o si sufre de alguna alteración mental (...)” (p. 461), esto es, que se trate de una persona con capacidad de reproche penal. Acto seguido, “(...) se debe verificar si al momento de proferir el ataque contra el querellante, aprovechando los medios que usó, conocía que su acción era contraria a derecho” (Angulo, 2021, p. 224), o sea, verificar si el sujeto agente, al atribuir un hecho, una cualidad o una conducta capaz de ofender el honor de una persona, conocía la antijuridicidad de su actuar, pudiendo presentarse un error de prohibición.

Finalmente, se debe analizar la no exigibilidad de una conducta distinta, es decir, “(...) deberá verificarse si el agente al momento de difamar a su víctima tenía otra alternativa” (Salinas, 2018, p. 462), pues, si se determina que el sujeto agente no tenía más opción que ofender el honor de su víctima por estar en peligro también su honor (igualdad de bienes jurídicos) la conducta no será culpable, por tratarse de un posible estado de necesidad exculpante.

4.4.6. *Naturaleza jurídica, tentativa y consumación*

Dado que, en este tipo penal “(...) no se exige una efectiva lesión al interés objeto de tutela, sino la aptitud lesiva, que ha de constarse cuando el autor lanza una información que pueda afectar la participación comunitaria del sujeto pasivo en concretas actividades socioeconómicas-culturales” (Peña, 2019b, p. 423), es que se le considera un tipo penal de peligro concreto (en relación con el grado de afectación del bien jurídico), pues, esta clase de tipos penales “(...) requieren que el comportamiento coloque al bien jurídico en una situación de peligro real, existente, concreto (...), por tanto, constatable y que tiene que ser demostrada en el proceso penal” (Meini, 2014, p. 88).

Asimismo, se considera al tipo de difamación como uno de mera actividad, también llamado delito formal o instantáneo (en función a las consecuencias de la acción), “esto es, para su consumación no se requiere que necesariamente se lesioné el honor o la reputación del difamado, dado que basta que haya la posibilidad de lesionarse aquel bien jurídico para estar ante al delito de difamación consumado” (Salinas, 2018, p. 463). En tal sentido:

La perfección delictiva de la figura en análisis ha de alcanzarse cuando la atribución delictiva o la cualidad injuriante que profiere al agente, es objeto de conocimiento por parte de varias personas, reunidas o separadas; lo importante a todo esto es la idoneidad del medio para que el contenido de la información sea recepcionada por los destinatarios; sin que sea necesario que el sujeto pasivo tome conocimiento de ello, esto es así en tanto, la afectación al bien jurídico no depende de que la víctima se entere de la información propalada, sino de que la información ofensiva llegue a oídos del colectivo. (Peña, 2019a, p. 492)

En palabras de Salinas (2018), citando jurisprudencia de la Corte Suprema: “El delito de difamación se perfecciona o consuma en el momento y lugar que se comienza a difundir, divulgar o propalar el hecho, calidad o conducta difamante para el sujeto pasivo” (p. 462), no importando -para tal perfeccionamiento- si el sujeto pasivo tomó conocimiento de forma inmediata o posterior al hecho, bastando solo la divulgación de la atribución ante varias personas ajenas al ofendido.

La doctrina es relativamente homogénea en considerar admisible la tentativa en la difamación “(...) en los casos en que el delito se cometa por medio de escritos o a través de medios de comunicación, y aun cuando ya se hayan elaborado los documentos difamatorios, aun no se han puesto en circulación” (Gálvez et al., 2017, p. 170). Sin embargo, en palabras de Peña (2019a), “(...) resulta difícil admitir las formas de imperfecta ejecución, es decir, el delito tentado, (...) cuando la información es difundida de forma verbal, por lo que daría lugar a una vía instantánea de consumación” (p. 492).

4.5. Difamación agravada

4.5.1. Generalidades

El tipo de difamación agravada previsto en los párrafos segundo y tercero del art. 132 del Código Penal, como su propio *nomen iuris* lo evidencia, es una forma agravada del tipo básico de difamación previsto en el primer párrafo del mismo artículo. En tal sentido, los elementos típicos de la difamación agravada, en esencia, son los ya mencionados y desarrollados líneas *supra*, no obstante, se deben advertir los aditivos normativos que agravan el tipo en su nivel objetivo, dada la mayor potencialidad lesiva hacia el bien jurídico que tales circunstancias evidencian, para así poder diferenciar y verificar si se está ante una conducta básica o agravada de difamación.

Salinas (2018), refiere que, “de la lectura del contenido del tipo 132 del Código Penal se evidencia que la conducta delictiva de difamación se agrava hasta por dos circunstancias claramente establecidas” (p. 446), la primera circunstancia, regulada en

función a la calidad o cualificación del contenido de la atribución, esto es, difamar atribuyendo falsamente un delito (segundo párrafo) y, la segunda, en función al medio empleado, o sea, difamar mediante libro, la prensa o otro medio de comunicación social (tercer párrafo). Como se desarrolla a continuación.

4.5.2. *Condiciones que agravan la conducta*

a. La calidad del contenido atribuido.

La primera forma o modalidad agravada del tipo de difamación está referida a la calidad del contenido de la atribución efectuada, siendo que, dicha cualificación está definida normativamente por el tipo penal de calumnia (art. 131 del Código Penal). Ello se desprende de la propia la ley penal, cuando regula: “si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días-multa” (Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, 1991, art. 132, párr. 2). Sobre lo anotado, Peña (2019a), afirma que:

El mayor contenido del injusto típico, ha de revelarse cuando la difamación toma lugar a través del contenido material de la calumnia. La atribución de un hecho delictivo, a otro, sea o no falsa la imputación, importa una lesión de mayor magnitud, que cuando se propalan juicios de valor en sí ofensivos (menosprecio) para la personalidad de la víctima, en vista que dicho comportamiento pone de manifiesto una conducta de mayor reprobación, tanto jurídica como social, que a su vez puede desencadenar el inicio de la persecución penal, con el consiguiente riesgo que ello significa para el agraviado, en cuanto a su honor, se verá en puridad más perjudicado que en relación a la Injuria. (p. 491)

Y no pierde razón, pues, como es manifiesto, cuando el contenido difamatorio está constituido por una falsa imputación delictiva (conductas más graves y reprochables por la ley) resulta mucho más idóneo para poner en peligro -incluso, dañar gravemente- el honor o reputación de una persona, razón por la cual, “(...) el agente o autor será merecedor a una pena más grave (...)” (Salinas, 2018, p. 446).

Vale precisar que, “la configuración de esta agravante debe respetar, en lo que fuere pertinente, lo señalado en relación a los elementos objetivos y subjetivos del delito de calumnia” (Gálvez et al., 2017, p. 170), haciendo salvedad en que, no solo bastará con la concurrencia de tales elementos, sino también de los -elementos- que corresponden al tipo base de difamación, donde se requiere que la atribución -en este caso, delictiva y falsa- se realice ante varias personas reunidas o separadas, pues, de no darse esto último, solo estaremos frente a una conducta tipicamente calumniosa, mas no difamatoria.

b. El medio empleado.

La segunda -última y más gravosa- forma o modalidad agravada del tipo de difamación está definida por el medio empleado para materializar la conducta difamatoria; ello se desprende de la propia la ley penal, cuando regula: “si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa” (Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, 1991, art. 132). “En estos casos el sujeto activo utiliza el libro, la prensa (hablada o escrita), u otro medio de comunicación social como la radio, la televisión o internet” (Gálvez et al., 2017, p. 171). Al respecto, Peña (2019a) afirma que:

La virtualidad de los medios empleados, en cuanto a que la información pueda ser extendida a una pluralidad significativa de personas (radio, televisión, etc.), supone una conducta de mayor gravedad, en cuanto al mayor disvalor del resultado que puede ella generar. En ese contexto, se producirá una mayor afectación al bien jurídico tutelado, cuando son más las personas que toman conocimiento de la información denigrante o dígase de la imputación delictiva. (p. 492)

Como se puede apreciar, la razón de la agravante reposa no necesariamente en el contenido difamatorio (como ocurre en la primera forma agravada), sino en los instrumentos de divulgación que ha de hacer uso el sujeto agente para materializar la conducta típica, incrementando la lesividad hacia el bien jurídico (honor o reputación) del sujeto pasivo, ya que, como bien apunta Gálvez et al. (2017), “(...) una afectación del honor es mucho mayor cuando se utilizan estos medios capaces de comunicar la ofensa a un número ilimitado de personas, con lo cual se restringe enormemente el ámbito de libertad y desarrollo del afectado” (p. 171).

El libro es uno de los tres medios previstos por la ley penal del cual se vale el sujeto agente para poder llevar a cabo la conducta típica de difamación. Sobre el particular, Angulo (2021), precisa que “el libro, en realidad no solo alude a los impresos que así se denominan, sino que libro, del latín *liber*, *libri*, identifica a cualquier obra impresa, manuscrita o pintada sobre papel, que resultan unidas por un lado” (p. 216), en tal sentido, también se pueden comprender a las revistas, folletos, cuadernos, entre otros que reúnan las características anotadas.

La prensa, como segundo medio posible de ser utilizado por el sujeto activo para agravar el tipo de difamación, “(...) no solo comprenderá a los diarios, sino a cualquier

tipo de periódico: diario, semanario, mensuario o publicación anual o de cada ciertos años e, inclusive, las que no sean periódicas” (Angulo, 2021, p. 216). Respecto al nivel de difusión, es indistinto si se trata de prensa local, distrital, regional, nacional o internacional.

Los medios de comunicación social considerados como tercer tipo de medios posibles de ser instrumentalizados para agravar alguna conducta difamatoria, vendrían a ser “(...) todo aquello que sirve a los seres humanos para comunicarnos y difundir lo comunicado a gran número de personas” (Angulo, 2021, p. 216). Claro ejemplo de lo expresado, lo constituyen la radio, la televisión, el internet, incluso, las redes sociales que permiten conexión y comunicación a nivel global entre las personas, estimándose como el medio más o potencialmente peligroso por la facilidad de propagación de la información que estas poseen.

Por tal motivo es que se sostiene que, “la magnitud del perjuicio personal que puede ocasionarse al difamado es lo que a final de cuentas pesa para tener como agravante el uso de los medios de comunicación masiva social” (Salinas, 2018, p. 448).

4.5.3. *Tipicidad*

a. Tipicidad objetiva.

En el entendido que el tipo penal de difamación posee dos formas agravadas, los aspectos de tipicidad objetiva incorporarán las particularidades que denotan cada una de estas, además de las condiciones típicas que exige el tipo base.

a.1. Bien jurídico protegido.

Al tratarse de modalidades agravadas de la difamación, se entiende y resulta evidente que los intereses fundamentales que se pretenden proteger (bien o bienes jurídicos protegidos) son, los ya mencionados y desarrollados, honor y buena reputación.

a.2. Comportamiento típico: presupuestos de imputación.

Dado que, la primera forma agravada exige que el contenido específico de la conducta difamatoria posea los elementos típicos del tipo penal de calumnia, es decir, que se trate de la atribución falsa de un delito, entonces, la conducta difamatoria agravada consistirá en atribuir falsamente un delito a una persona, ante varias personas (reunidas o separadas, pero de forma que pueda difundirse o divulgarse la noticia -o sea, la imputación delictiva falsa-), y que tal atribución sea suficiente para poder perjudicar su bien jurídico honor o reputación.

En cuanto a la segunda forma agravada, dentro del análisis típico se deberá verificar el medio o medios empleados para la materialización de la conducta

difamatoria, pudiendo ser un libro, la prensa o cualquier otro medio de comunicación social igualmente idóneo. Por ende, la conducta típica consistirá en atribuir a una persona, a través de un libro, la prensa u otro medio de comunicación social, un hecho, cualidad o conducta que pueda generar perjuicio a su bien jurídico honor o reputación. Se entiende, por obvias razones, que la exigencia típica consistente en realizar la conducta ante varias personas (reunidas o separadas, pero de forma que pueda difundirse o divulgarse la noticia) queda satisfecha por la naturaleza de los medios empleados, pues, tales garantizan la posibilidad de difusión, propalación o divulgación de la información a un número indeterminado de personas, lo cual, caracteriza -fundamentalmente- al tipo penal de difamación.

Es menester precisar que, la difamación agravada también se configura si el sujeto agente “(...) a través de cualquiera de los medios citados, atribuye a la otra persona un delito” (Angulo, 2021, p. 210). Esto quiere decir que, ambas formas agravadas pueden presentarse a través de una misma acción, lo cual daría lugar a un concurso aparente de leyes que puede ser resuelto haciendo uso del principio de especialidad, que implica escoger el tipo penal más específico y compatible al caso concreto por encima del más genérico, siendo este el de difamación agravada por el medio empleado, pues, la atribución falsa de un delito a una persona encaja en la tipicidad objetiva exigida en la forma agravada *in commento* por tratarse de una “conducta”.

a.3. Sujetos

En cuanto a los sujetos activos y pasivos se deberán tener las mismas consideraciones que en el tipo básico de difamación. Si bien, en cualquier caso (activo o pasivo) el tipo penal no exige alguna condición especial o cualificación de los sujetos, no obstante, se debe tener en cuenta lo sostenido por Angulo (2021), cuando hace referencia a los sujetos activos en la modalidad agravada por el medio, especialmente sobre la prensa y algunos medios de comunicación social:

En todos los medios, periodísticos y revistas, programas de radio o televisivos, lo cierto es que suelen tener responsables a títulos de directores o jefes de redacción y productores o jefes de mesa, según los casos, quienes se encargan de asumir responsabilidad: revisar, evaluar, corroborar y coordinar lo que se emite. En la medida que después de su participación es que se emiten las informaciones, noticias o datos, les corresponde asumir como garantes. (p. 221)

b. Tipicidad subjetiva.

La tipicidad subjetiva, tan igual como se expuso en la forma básica de comisión, está dada únicamente por el dolo, en cualquiera de sus tipos o niveles de graduación.

En el caso de la difamación agravada por la calidad del contenido atribuido, el dolo está constituido por un actuar consciente y voluntario del sujeto activo, es decir, el agente teniendo conocimiento que atribuye falsamente un delito y siendo consciente que tal atribución puede ser lesiva al bien jurídico honor o reputación del ofendido, voluntariamente la divulga ante varias personas, reunidas o separadas, pero de forma que la noticia pueda ser difundida, materializando así el tipo objetivo.

Lo mismo pasa en la difamación agravada por el medio empleado, donde el sujeto activo emprende la conducta difamatoria conforme a los alcances de tipicidad objetiva y subjetiva desarrollado en el tipo base, pero además con conciencia de que al atribuir un hecho, cualidad o conducta a una persona, haciendo uso de libro, la prensa o cualquier otro medio de comunicación puede lesionar o perjudicar potencialmente su bien jurídico honor o reputación, realiza la conducta, o sea, hace la divulgación o difusión de la noticia voluntariamente, queriendo el resultado (dolo directo), considerándolo necesario (dolo de consecuencias necesarias) o, en su defecto, asumiéndolo con indiferencia (dolo eventual).

Se reafirma la posición por doctrina mayoritaria sobre la no necesidad de concurrencia y acreditación de un elemento subjetivo distinto del dolo como es el *animus difamandi* defendido por cierto sector doctrinario y jurisprudencial, mucho menos se acepta la posibilidad de homologarlo o considerarlo equivalente al dolo, pues resulta incompatible con la descripción típica de la difamación agravada y, por tanto, vulnera gravemente el principio de legalidad penal. Máxime si, en cualquiera de los casos, anularía la posibilidad de perseguir la conducta a título de dolo eventual, lo cual resulta inaceptable, como se verá -a detalle- líneas *infra*.

4.5.4. Antijuridicidad

En el fuero de la antijuridicidad, para ambas formas agravadas se deberá tener en cuenta el análisis de concurrencia -o no- de las causas de justificación desarrolladas en el tipo base de difamación; no obstante, en la difamación agravada por el medio empleado, -específicamente- por prensa u otro medio de comunicación, se deberá prestar especial atención a la causa de justificación referida al obrar en ejercicio legítimo de un derecho, pues, como resulta obvio, se estaría dentro del clásico enfrentamiento o conflicto de intereses fundamentales, como son el derecho al honor y a la buena

reputación contra los derechos a la libertad de expresión e información, donde se tendrá que determinar si la conducta típica de difamación es o no contraria a Derecho.

Para la resolución del anotado conflicto se tendrá que recurrir a los fundamentos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Acuerdo Plenario N.º 03-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006, el cual ya ha sido abordado en el apartado 2.3. del presente capítulo.

4.5.5. *Culpabilidad*

Las consideraciones sobre el juicio de culpabilidad efectuadas en la modalidad básica de difamación son igualmente aplicables a sus formas agravadas, pues, se necesita verificar la capacidad de reproche penal del agente, comprobar si sabía que realizaba una conducta contraria a Derecho y, finalmente, si se le exigía o no alguna conducta alternativa distinta a la delictiva.

4.5.6. *Naturaleza jurídica, tentativa y consumación*

La difamación agravada, en cualquiera de sus formas, posee la misma naturaleza jurídica que el tipo base, es decir, se trata de un delito de peligro concreto y de mera actividad, pues, “(...) lo que ha de considerarse para tener por consumado el delito, no es otra cosa que el solo hecho del peligro de lesión en los bienes jurídicos” (Angulo, 2021, p. 225).

En tal sentido, la consumación del delito se producirá en el mismo momento en que se da inicio con la difusión del hecho, la cualidad o conducta (o del delito falso) capaz de perjudicar el honor o reputación de una persona, a través del medio de que se trate. “Si el medio utilizado para la comisión del delito fuere la radio, la televisión, los periódicos, revistas, etc., la infracción se consumará en el lugar donde se propale la información degradante” (Peña, 2019a, p. 492). Es admisible la tentativa y estará dada según lo ya expuesto en el tipo base de difamación.

4.6. Excepciones a los delitos de injuria y difamación

Existen supuestos de excepción específicos que, a entender del legislador, se consideran fuera del alcance de protección de las normas que regulan los delitos de injuria y difamación, es decir, no tienen relevancia penal, por responder -cada uno de estos- a razones especiales que guardan estrecha relación con sus naturalezas jurídicas.

Las excepciones se encuentran previstas en el artículo 133 del Código Penal y son las que se mencionan a continuación: (i) ofensas proferidas por los litigantes, apoderados o abogados en un contexto de defensa a través de sus intervenciones orales o escritas ante el juez; (ii) críticas de corte literaria, artística o científica; y (iii)

apreciaciones o informaciones de contenido desfavorable realizadas por determinado funcionario público en estricto cumplimiento de sus obligaciones.

En primer lugar, es necesario precisar que, si bien a estas excepciones se les ha sumillado o denominado como “conductas atípicas” en el texto normativo, sin embargo, ello no necesariamente debe entenderse así (como circunstancias que eliminan la tipicidad), dado que, tal y como lo comprobó LP – Pasión por el Derecho (2023) visitando la Hemeroteca del Diario El Peruano, el texto original del Código Penal, Decreto Legislativo N.º 635, publicado el 8 de abril de 1991 en el referido Diario oficial El Peruano, no consigna sumillas o nomenclaturas en los artículos. Las sumillas fueron incorporadas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante “MINJUS”) en atención a lo regulado por el artículo único de la Ley N.º 25362 (publicada el 13 de diciembre de 1991), a través de la cual el Congreso autorizó al Ejecutivo la inclusión de sumillas a cada artículo del Código Penal (entre otros dispositivos normativos), además, se precisó que las mismas no forman parte del texto legal, es decir, tienen carácter referencial. Las sumillas incorporadas por el MINJUS aparecen en la parte superior del artículo respectivo del código penal en los textos oficiales emitidos por dicho ministerio (el último data de mayo de 2016 -décimo segunda edición-); sin embargo, también existen sumillas oficiales, las cuales han sido incorporadas por modificaciones normativas posteriores y aparecen a continuación del número del artículo correspondiente (solo posible de apreciar en los textos oficiales, pues, en los textos comerciales no se tiene reparo respecto a este detalle).

En atención al contexto histórico normativo anotado, resulta razonable y prudente afirmar, entonces, que no debemos considerar en sentido estricto a los tres supuestos regulados en el artículo 133 del Código Penal como “conductas atípicas” propiamente, sino que, el criterio hermenéutico o de interpretación debe ser en función al espíritu de la norma fundado en el contexto y a las características compatibles con la naturaleza jurídica que se desprende de la misma.

En tal sentido, en aras de establecer la naturaleza jurídica de las excepciones *in commento*, partiríamos afirmando que, “(...) se descarta que estos supuestos previstos en la norma puedan tratarse de excusas absolutorias” (Gálvez et al., 2017, p. 176), dado que, de la propia redacción normativa se desprende que no se trata de supuestos de ausencia de punibilidad (como sí ocurre con el Código Penal de Brasil y de Italia, por ejemplo), sino que, al regularse como premisa “No se comete injuria ni difamación (...)” (Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, art. 133) -lo que es igual a decir “no se

comete delito”- se incita al intérprete a entender que, tales supuestos pretenden eliminar alguna de las categorías o elementos que componen al delito para que este no se configure como tal, es decir, pretenden atacar bien la tipicidad (como una circunstancia de atipicidad), la antijuridicidad (como una causa de justificación), o la culpabilidad (como una causa de excusación), por lo que se estaría ante conductas lícitas penalmente.

En doctrina existe una amplia discusión y poca uniformidad al pretender establecer la naturaleza de cada supuesto en referencia, sin embargo, se estima coherente y razonable la posición dogmática que entiende a la primera circunstancia de excepción compatible con una causa de justificación (por tratarse del ejercicio regular y legítimo de un derecho -derecho de defensa-) y a las dos restantes como supuestos de atipicidad por considerarse -desde un enfoque funcionalista- que tales conductas no superan el riesgo permitido o no crean un riesgo no permitido, es decir, no ponen en peligro ni mucho menos lesionan el honor o reputación de las personas (no hay lesividad penal).

Respecto al fundamento de la primera excepción descrita, Manzini (como se citó en Gálvez et al., 2017), sostiene que, “(...) es garantizar la defensa tanto técnica como material, permitiendo que el debate sea libre e inmune a las preocupaciones que puedan disminuir su totalidad y eficacia” (p. 179), refugiándose tal conducta en el ejercicio legítimo del derecho constitucional de defensa (justificación), que permite o faculta -legalmente- a los agentes (litigantes, apoderados y abogados) proferir “ofensas” (tal como lo señala expresamente el texto normativo) contra sus contrapartes o terceros involucrados en el proceso, sin que se active contra ellos acción penal alguna.

Vale puntualizar que, ningún derecho es ilimitado o irrestricto, por lo que, para que la conducta reflejada en una expresión ofensiva sea justificada a través del ejercicio del derecho de defensa, debe reunir las siguientes condiciones que fluyen de la interpretación de la ley penal: (i) “el comportamiento (...) debe manifestarse en el marco de un proceso judicial, sea civil, penal, laboral, de familia, contencioso-administrativo, constitucional, etc.” (Peña, 2019a, p. 499), es decir, que “exista una controversia jurídica o incertidumbre jurídica (...)” (Gálvez et al., 2017, p. 181), precisándose que la ofensa realizarse ante el juez, por ende, la causa necesariamente debe encontrarse en trámite ante la autoridad judicial; (ii) debe respetarse la dignidad humana en su contenido esencial, lo cual implica que “(...) no son admisibles las ofensas que expresan una manifestación negativa o denostación de las cualidades personales que constituyen la esencia del hombre (...)” (Gálvez et al., 2017, p. 183); y, finalmente, (iii) que la ofensa se haya proferido en aras de defensa o con voluntad de ejercer defensa, teniendo en cuenta el

contexto del proceso litigioso judicial, por ende, las ofensas consideradas innecesarias, inútiles o impertinentes para la defensa, o que no guardan relación directa con la materia controversial en debate, no están justificadas. Si bien, la norma hace referencia que la ofensa sea proferida con “ánimo de defensa”, no obstante, en palabras de Gálvez et al. (2017), tal expresión normativa:

(...) no debe ser entendida en el sentido de que en los delitos contra el honor, en el plano de la tipicidad subjetiva, se requiera verificar un elemento subjetivo adicional distinto al dolo. En efecto, el empleo de esta expresión hace referencia al componente subjetivo de la causa de justificación, el cual implica, por parte del agente, el conocimiento de los elementos objetivos de la causa de justificación, así como la voluntad en el ejercicio de su defensa. (p. 183)

En la misma línea opina Peña (2019), al sostener que tal “ánimo de defensa” aludido, de “(...) ningún modo posee la virtualidad para eliminar el dolo de la conducta del autor, en la medida que estos injustos no exigen la presencia de un elemento subjetivo del injusto ajeno al dolo, los denominados *animus injuriandi*, *difamandi*, etc.” (p. 498). Por lo que, al analizar tales conductas lo que prima es el contexto en el que se profieren las ofensas y si estas se encuentran o no justificadas, más allá de pretender probar intenciones o ánimos.

Sobre la segunda excepción, referida a “críticas literarias, artísticas o científicas”, como bien se anticipó es entendida como una causal de atipicidad, pues, el legislador ha considerado que tales conductas se encuentran dentro del riesgo permitido, es decir, no ponen en peligro ni lesionan el honor o reputación de las personas, “riesgo permitido que tiene sustento en la necesidad de auspiciar o permitir la crítica de dichas obras, a fin de impulsar, desarrollar o buscar la mejora y perfeccionamiento de estas formas de creación humana” (Gálvez et al., 2017, p. 189), no puede concebirse obra intelectual humana exenta de crítica, ya que esta resulta lícita dentro de un sistema de competitividad que toda sociedad ha de tolerar. Sin embargo, como bien advierte Peña (2019a), “(...) debe distinguirse la apreciación negativa que recae sobre la obra artística u literaria, de aquella que importa una determinada descalificación personal (...)” (p. 501), esto es, la crítica no puede estar referida a la conducta, cualidades o forma de ser del autor de la obra (no deben ser ofensivas), sino propiamente a la obra.

Por lo tanto, la crítica objetiva a una obra no es típica por adecuarse en un marco de tolerancia social, pero sí aquella orientada al agravio personal o subjetivo del autor. Peña (2019a), enfatiza que “son causas de atipicidad, pero de ninguna forma por falta de

dolo o, por derivarse de un extraño cuerpo llamado *animus criticandi*” (p. 501), por ende, lo que eliminan es la tipicidad objetiva, ya sea de la injuria o de la difamación.

Respecto a la tercera excepción, más allá si se considera necesario o no su reconocimiento normativo, en doctrina se sostiene que se trata de una causal de atipicidad, pues, tales apreciaciones o informaciones de carácter desfavorables, al igual que el anterior supuesto, son atípicas por no superar el riesgo permitido; no obstante, “(...) no se excluyen de la tipicidad los actos propiamente injuriantes u ofensivos contra el honor de las personas, realizados por un funcionario en el ejercicio de sus deberes (...)” (Gálvez et al., 2017, p. 191), esto porque no es posible equiparar ofensas con apreciaciones desfavorables, ya que, ambas expresiones poseen un contenido diferente, por un lado, uno resulta lesivo para el honor, mientras que lo otro tiene un contenido neutro, si bien no le favorece a la persona, empero, tampoco la agravia o denota, por lo que no se está ante conductas típicas de injuria o difamación.

4.7. *Exceptio veritatis* o prueba de la verdad

La *exceptio veritatis* o prueba de la verdad, en palabras de Salinas (2018), se define como “(...) el sometimiento de ciertas imputaciones objetivamente difamatorias a juicios de verdad para probar su veracidad y, de ese modo, liberarse su autor de la sanción que le correspondería en caso contrario” (p. 470). Bramont-Arias y García (1997), en la misma línea, sostienen que se trata de una facultad conferida al sujeto agente del delito de difamación para probar la veracidad de sus atribuciones, de manera que, al lograrlo queda exento de sanción penal.

A partir de tales definiciones se puede afirmar que la naturaleza jurídica de la *exceptio veritatis* encuadra perfectamente con las denominadas excusas absolutorias, ya que, estas tienen como finalidad eximir de pena al agente por razones de política criminal, incluso pese a estar frente a la comisión del delito de difamación; no obstante, se deja a salvo la posibilidad de fijarse una obligación civil reparatoria en favor del agraviado dentro del proceso penal o, en su defecto, acudiendo a la vía civil con tal propósito.

El artículo 134 del Código Penal, prevé -en *numerus clausus*- cuatro supuestos concretos donde opera la prueba de la verdad por parte del agente del delito de difamación (en su forma básica o agravada), y son los siguientes:

1. Cuando la persona ofendida es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones.
2. Cuando por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida.

3. Cuando es evidente que el autor del delito ha actuado en interés de causa pública o en defensa propia.

4. Cuando el querellante pide formalmente que el proceso se siga hasta establecer la verdad o falsedad de los hechos o de la cualidad o conducta que se le haya atribuido. (Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, 1991, art. 134)

En el primer supuesto, refiere Gálvez et al. (2017) que, “el fundamento (...) radica en el hecho de poder cuestionar la actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y de esta forma cautelar el correcto ejercicio de la función pública” (p. 195), por lo cual, se descarta totalmente de la *exceptio veritatis* a los casos en los que las atribuciones tienen que ver con la intimidad personal, familiar o vida privada del funcionario ofendido.

En el segundo supuesto, “la ley solo exige que el querellado pruebe si el querellante cometió un hecho punible que dio origen a las expresiones difamatorias y, a la vez, que ello haya dado origen a un proceso penal” (Salinas, 2018, p. 476), entendiéndose que tales expresiones difamatorias deben ceñirse en sentido estricto a los hechos ventilados en el proceso penal aludido y que este último se encuentre en trámite, pues, de no ser así, no se podría activar la prueba de la verdad.

En el tercer supuesto, se prevén dos circunstancias compatibles con la *exceptio veritatis*, una consistente en haber actuado en interés público, lo cual implica que las atribuciones difamatorias deban tratar “(...) sobre todos aquellos hechos que faciliten o hagan posible la participación de la ciudadanía en la vida comunitaria; es decir, cuando afecten al conjunto de los ciudadanos” (Gálvez et al., 2017, p. 197); la otra, consistente en haber actuado en defensa propia, esto es, ante una evidente agresión ilegítima en contra del agente difamador, entendiéndose que, al no poder justificar su actuar en sede de antijuridicidad a través de la “legítima defensa” por no reunirse todos los requisitos de ley, puede ser exento de pena -en sede de punibilidad- probando la verdad de sus expresiones difamatorias.

En el cuarto y último supuesto, se hace referencia a la petición formal (expresa) por parte del querellante (en su querella) de continuar con el proceso por acción privada con el propósito de que el querellado pruebe la veracidad de su imputación, porque espera que se demuestre la falsedad de los hechos, cualidad o conducta atribuida en su contra. El fundamento de esta regulación normativa sostiene Gálvez et al. (2017) reposa “(...) en el derecho del afectado a una tutela jurisdiccional efectiva de su honor (...)” (p. 198), ya que, muchas veces la forma más efectiva de resarcir el daño generado por la falsa

imputación de un hecho, no es necesariamente con la condena del agente del delito, sino acreditándose la falsedad de la imputación difamatoria, con lo cual, a entender de Salinas (2018), el ofendido obtendría una doble victoria.

4.7.1. Supuestos de inadmisibilidad

En adición a lo expuesto, el legislador -en el artículo 135 del Código Penal- ha previsto dos supuestos en los que no se admite, en ninguna circunstancia, la *exceptio veritatis* o prueba de la verdad por parte del querellado, siendo estos:

1. Sobre imputación de cualquier hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero.
2. Sobre cualquier imputación 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. (Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, 1991, art. 135)

En el primer caso se pretende dar primacía a la tutela del honor proscribiendo que se pretenda probar la veracidad de imputaciones difamatorias respecto a algún delito que haya sido materia de absolución con carácter de cosa juzgada (sentencia firme) en sede jurisdiccional nacional o extranjera.

En el segundo caso, se pretende cautelar el derecho fundamental a la intimidad de toda persona, que implica la reserva de determinado aspecto de su vida (personal y familiar) para sí mismo, libre de cualquier intromisión de terceros. El mismo razonamiento se aplica para las imputaciones que versen sobre los delitos signados expresamente en la ley penal *in commento* dada su naturaleza íntima o reservada (eh allí que, en tales procesos las audiencias no sean públicas).

5. Teoría de los *animus* en el derecho penal

Una vez desarrollados los tipos penales contra el honor en el ordenamiento jurídico peruano, corresponde explicar cómo es que determinado sector de la doctrina y la jurisprudencia nacional consideran -erróneamente- que tales figuras delictivas requieren de la concurrencia de elementos subjetivos distintos al dolo (*animus*: especial intención de poner en peligro o lesionar el bien jurídico honor o reputación); así como también, explicar aquellas otras posturas que, si bien niegan la exigencia de los referidos elementos subjetivos adicionales al dolo, no obstante, pretenden equiparar el dolo con el *animus* arguyendo que son lo mismo. Ambos postulados -notoriamente disímiles- en lugar de favorecer una hermenéutica jurídico penal sólida y uniforme, generan confusión

en los operadores de justicia en el proceso de resolución de casos, colocando así en indefensión a los justiciables por no garantizarse la debida tutela de sus bienes jurídicos.

Las posiciones antedichas se explican a partir de la denominada “teoría de los *animus*”, por ende, deviene en necesario establecer qué se entiende por “*animus*” desde la perspectiva etimológica, semántica y jurídica, así como, explicar cuál es su fundamento dogmático penal.

La RAE (2001) sostiene que, *animus* es un término etimológicamente latín que, traducido al español es “ánimo”, el cual posee varias acepciones de acuerdo al contexto, y estas son: alma, espíritu, valor, esfuerzo, energía, intención, voluntad, atención o pensamiento. En esa línea, Rojas (1999), sobre la etimología de *animus*, refiere lo siguiente:

Expresión latina polisémica, es decir, que tiene múltiples significados (soplo, aliento, respiración, principio vital, pensamiento, razón, juicio inteligencia, memoria, recuerdo, intención, designio, propósito, voluntad de). Para los efectos del estudio de los delitos contra el honor interesan los cuatro últimos significados. (p. 153)

Las misma RAE (2023), en su diccionario panhipánico del español jurídico, define *animus* o ánimo, a partir de la visión del derecho civil, como la “voluntad o intención de una persona para realizar un acto o negocio jurídico consciente de sus consecuencias”. Por su parte, Valderrama (2022), desde un enfoque del derecho penal, afirma que, *animus* es el “(...) propósito o intención del sujeto activo, esto es, la finalidad de la persona para realizar el acto que decidió hacer” (párr. 2).

Recurriendo a la historia, Angulo (2021) sostiene que, “para los romanos, los *animus* eran los propósitos o las intenciones que daban vida a las más diversas exteriorizaciones de voluntad, por ello existían muchos *animus*, y algunos de ellos, muy parecidos al *animus injuriandi*” (p. 63), lo cual evidencia que, desde la época romana ya se advertía el elemento espiritual en las conductas humanas, al admitirse que las acciones eran expresiones externas de las motivaciones internas (*animus*).

Por lo expuesto, se puede afirmar que, los *animus* hacen referencia “(...) a una situación anímica en el comportamiento de quien produce un resultado jurídicamente relevante” (Valderrama, 2022, párr. 3).

La teoría de los *animus*, en dogmática penal, surgió con la teoría del delito del sistema causalista valorativo de Edmund Mezger (con la propugnación de la denominada “teoría de los elementos subjetivos del injusto”), pero se consolidó con el sistema finalista

de Hans Welzel (quien denominó a dicha teoría como la de los “elementos subjetivos de autoría”), es decir, el estudio de los *animus* dentro de las categorías del delito (propriamente, en la de tipicidad subjetiva) ha sido desarrollado por el Finalismo (estudiado en el primer capítulo de este informe) dentro de un esquema de derecho penal de autor y, con el pasar del tiempo, se ha mantenido en determinados tipos penales de forma excepcional; sin embargo, en la actualidad, como ocurre casi siempre con todas las instituciones jurídicas, viene siendo posible de manipulaciones inescrupulosas que responden a diferentes intereses (sobre todo políticos) ajenos a lo jurídicamente aceptable o válido.

En ese entendido, es menester conocer los postulados de los sistemas causalista valorativo y finalista que dieron origen a la relevancia jurídico penal de la valoración de los *animus* en la teoría del delito, para lo cual, se rescatan las posturas dogmáticas de los referenciados juristas alemanes, Mezger y Welzel.

5.1. El causalismo valorativo de Mezger: reconocimiento de los *animus* como elementos subjetivos del injusto

Como premisa general, afirma Peña (2018) que, en los albores de la teoría del delito, con el causalismo naturalista de Von Liszt, el delito era entendido como una acción antijurídica y culpable, sin embargo, recién con el aporte dogmático de Beling se incorporó la tipicidad en la construcción del delito, pasando a entenderse a este último como un injusto (conducta típica y antijurídica) culpable. Dicho sistema desarrolló un injusto puramente objetivo, a partir de lo desarrollado por Binding, quién propuso la distinción entre aspectos de carácter objetivos del hecho verificables en la antijuridicidad (también aplicable a la tipicidad, según Beling) y aspectos subjetivos examinables en la culpabilidad.

Von Liszt, en su naturalismo causal fundado en la corriente del positivismo jurídico, concebía al delito como una “(...) acción motriz hecha por el hombre y capaz de producir una alteración verificable en el mundo exterior” (J. López, 2004, pp. 38-39), en tal medida, se reducía la tipicidad a la sola comprobación o acreditación de los elementos objetivos del tipo (subsunción del hecho en la norma), siendo necesario un nexo de causalidad entre la acción (movimiento corporal o muscular) y el resultado generado (verificable u observable en el mundo exterior), no importando el propósito o razón que haya motivado la conducta.

Posteriormente, debido al abandono del pensamiento positivista sustituido por la ideología neokantiana, surge el sistema causalista valorativo, modelo que pretende

estudiar y explicar el delito a partir de valores e ideales, dado que, entiende al Derecho como una ciencia del espíritu (Villavicencio, 2006). En tal sentido, “a diferencia del causalismo naturalista, esta teoría reconoce la existencia de elementos normativos y subjetivos del tipo. Así, deslinda de la concepción netamente naturalista-objetiva al introducir el elemento humano de la voluntad” (Valderrama, 2021a, párr. 11). Ello llevó a Von Liszt a redefinir la conducta en el delito como una acción (inervación muscular) voluntaria que causa o no evita una alteración del mundo exterior (para Beling, se trataba de un movimiento o no movimiento -se reconoce a la conducta omisiva-), limitándose a la sola verificación de la existencia de una voluntad en la acción, sin necesidad de tomar en cuenta su contenido, motivo o razón (Almanza, 2022).

Frente a todo este contexto dogmático del sistema causalista valorativo, en 1924, el jurista alemán Edmund Mezger incorporó nuevas ideas respecto al injusto en la teoría del delito, “(...) señaló que, al momento de describir el injusto, ocurrían casos en los que era necesario identificar la finalidad contenida en la intencionalidad del agente activo” (Valderrama, 2021b, párr. 18), razón por la cual, “(...) introduce en el injusto elementos subjetivos o de tendencia interna (...) reconociendo una clasificación tripartita del delito, distinguiendo entre delitos de intención, de tendencia y de expresión” (Peña, 2018, p. 67).

Mezger determinó que los “elementos subjetivos del injusto” eran imprescindibles en algunos delitos (carácter excepcional) como, por ejemplo, el hurto, para averiguar la intención del sujeto agente como elemento subjetivo que configura el tipo, ajeno al dolo culpable (que vendría a ser conocimiento del tipo objetivo y de la antijuridicidad, más voluntad de realizar la conducta típica -sin introducirse a la motivación del obrar-). En otras palabras, estableció que, “el injusto tiene junto a su lado externo también un lado interno” (Mezger, 2000, p. 34), por lo que, en el injusto también se pueden realizar valoraciones referidas a lo espiritual, pues, como precisa Peña (2018) -dentro del esquema de Mezger-, “(...) el injusto no solo es actuar contra Derecho, sino una dirección impulsada por las fuerzas internas del hombre” (p. 68).

Tales planteamientos fueron recogidos del Derecho privado (derecho civil), incluso, podría decirse que, de la teoría subjetivista de Savigny publicada en su obra “Tratado de la posesión según los principios del Derecho Romano”, que data de 1803, a través de la cual pretendió explicar los elementos que constituyen la posesión mediante la fórmula *corpus* más *animus* (la posesión es un tener o poder físico sobre la cosa, más un querer, intención o ánimo de propietario -*animus domini* que presuponía un *animus*

rem sibi habendi); el *animus* como elemento intelectual (síquico) y el *corpus* como el material (físico); teoría que fuere superada por la teoría objetiva de Ihering en su obra “La voluntad en la posesión (Crítica del método reinante)” de 1889, en la que simplificó la fórmula de la posesión sosteniendo que esta es equivalente al solo *corpus* por considerar que el *animus* estaba implícito en aquel (en el *corpus* o tener la cosa), por lo que no resultaba exigible su acreditación. Ahora bien, al margen de estas cuestiones de derecho civil, lo relevante para la dogmática penal de aquella época fue el reconocimiento del *animus* en determinadas conductas humanas con relevancia jurídica, es así que, Mezger trasladó esa visión al derecho penal reconociendo añadidos en el injusto típico, es decir, “(...) en ciertos delitos habría que incluirse determinados ‘ánimos’ (propósitos ulteriores) a fin de complementar el juicio de tipicidad” (Peña, 2018, p. 88), en lugar de reducir las descripciones de la tipicidad a solo procesos causales. Verificándose que, la conducta humana provocada por una voluntad dirigida a cierta finalidad predeterminada por el propio individuo deviene en factor determinante en la valoración de la tipicidad.

Mezger (1958), parte afirmando que, “el derecho se refiere, por lo general, a la conducta externa (objetiva y física) (...) pero el derecho puede referirse también a la conducta interna (subjetiva y psíquica)” (p. 135), dado que -agrega el mismo autor-, “(...) la convivencia externa de las personas es siempre, al fin y al cabo, solamente la expresión de la actitud interna y psíquica de ellas” (p. 135). Así es como aparecen los elementos subjetivos del injusto jurídico-penal, “que en muchos tipos delictivos, incluso en la mayoría de los delitos dolosos, era necesario tener en cuenta para determinar la relevancia típica de la conducta (...)” (Muñoz, 2003, p. 83).

La manifestación de tales elementos subjetivos se presentaban de tres formas, a entender de Mezger (1958), primero, en los denominados (i) delitos de intención, cuya parte interna requiere que el sujeto activo persiga una intención especial consistente en buscar conseguir un resultado distinto al requerido en el tipo y no es exigido para que se tenga por consumado el delito; dentro de esta primera categoría se advierten dos subcategorías, una denominada “delitos mutilados de dos actos” donde el autor lleva a cabo una conducta como medio de una conducta posterior, y la otra, “delitos de resultado cortado”, donde el autor realiza una sola conducta para que se generen consecuencias posteriores (esta tipología es equivalente a los tipos penales que hoy se consideran de tendencia interna trascendente). En segundo orden, los llamados (ii) delitos de tendencia, donde la conducta del agente representa la expresión de una tendencia subjetiva y es

sancionada por la ley de forma expresa (equivalente a los tipos penales que hoy se consideran de tendencia interna intensificada). Finalmente, los (iii) delitos de expresión, donde la conducta se manifiesta como una expresión de un proceso psíquico del sujeto agente, siendo requerida una comparación del hecho externo con su aspecto interno (tipología que, a día de hoy, no encuentra aceptación en la dogmática penal por la complejidad que denota).

Es necesario precisar que, el propio Mezger (1958), sostenía que el aspecto interno del injusto -los “elementos subjetivos del injusto”- “(...) se presenta con carácter de excepción” (p. 82), es decir que, la presencia de tales elementos añadidos al injusto posee carácter excepcionalísimo a la regla (dolo culpable), sujeto -que duda cabe- al principio de legalidad (Peña, 2018). Así lo enfatiza Muñoz (2003), al afirmar que, “(...) para Mezger, estos elementos no eran más que excepciones, expresamente exigidas por el legislador para darle relevancia penal a conductas que objetivamente consideradas son ambiguas y no tienen claramente una significación típica penal” (p. 83). Tal excepcionalidad es coherente y se justifica -incluso de forma indispensable-, dice Peña (2018), cuando se pretende acentuar la relevancia penal de determinadas conductas, para diferenciarlas o delimitarlas con los injertos civiles y también con otras conductas de carácter delictivas que protegen un mismo bien jurídico, como es el caso del clásico ejemplo del hurto simple (tipo básico) y su diferencia con el hurto de uso (tipo de tendencia interna trascendente, tipo mutilado en dos actos).

Los mencionados elementos subjetivos fueron concebidos por Mezger como distintos al dolo, pues este todavía consideraba que el injusto era objetivo (con ciertos rasgos subjetivos), por ende, el dolo y la culpa pertenecían a la culpabilidad junto con la imputabilidad o reprochabilidad, por ser una categoría subjetiva propiamente (dentro del pensamiento causalista). Circunstancia que, provocó una especie de incongruencia o contradicción en tal planteamiento, pues, como bien anota Peña (2018), “no se entendía cómo podían reconocerse elementos subjetivos a un nivel típico y, al mismo tiempo, reconducir el dolo y la culpa como nexos subjetivos del reproche de culpabilidad” (p. 88).

Los postulados de Mezger fueron la antesala para el posterior desarrollo y posicionamiento del sistema finalista con Welzel, pues, “el reconocimiento de la existencia de elementos subjetivos del injusto fuerza a su consiguiente inclusión del dolo y la culpa en el ámbito de la tipicidad (...)” (Peña, 2018, p. 68). Como sostiene Mir (1995), este aporte del causalismo valorativo permitió abandonar la posición causal naturalista

del delito, es decir, la antijuridicidad y la culpabilidad dejaron de ser concebidas -de forma estricta- como la parte objetivo-externa y subjetivo-interna -respectivamente- de la acción que, materialmente, genera el delito. Y es que, Mezger (2000), sostenía que, “el Derecho Penal se refiere exclusivamente a la conducta humana; pero la ‘norma de valoración objetiva’ valora esta conducta humana en su existencia dada, sin consideración a la cuestión del reproche personal” (pp. 32-33); distinguir entre injusto y culpabilidad fue el más relevante fundamento de la dogmática jurídico-penal de la época, a entender del autor, siendo el reconocimiento de los elementos subjetivos del injusto su más notable aporte.

5.2. El Finalismo de Welzel: traslado del dolo y la culpa a la tipicidad y asentamiento de los elementos subjetivos en el tipo

El finalismo tuvo como “(...) máximo representante a Welzel, quien propugnaba un sistema de derecho penal sobre la base de la teoría final de la acción destacando en ella la finalidad. Esta concepción originó que se modifique la teoría del delito imperante hasta ese momento” (J. López, 2004, pp. 83-84). Y es que, a partir de los aportes y -ciertamente- las notorias incongruencias o contradicciones del causalismo valorativo de Mezger con respecto a los componentes objetivos y subjetivos dentro de las categorías del delito, llevaron a Welzel a sistematizar tales ideas y plasmarlas en una nueva teoría del delito inclinada a una visión subjetivista de la conducta humana.

Welzel (1964), sostenía que, con la aparición de los “elementos subjetivos de lo injusto” propuestos por Mezger, se generó una honda grieta en la -aparentemente clara- separación o asignación de lo externo u objetivo a lo injusto y de lo interno o subjetivo a la culpabilidad. En consecuencia, “(...) el injusto esencialmente objetivo, que caracterizaba a una concepción causalista del delito, es desplazado por una caracterización ontológica, cuya incidencia habría de determinar la configuración de un injusto más inclinado a su factor subjetivo” (Peña, 2018, p. 90), en otras palabras, el finalismo estableció que el tipo penal posee -además de una parte objetiva- una parte subjetiva, en la que se deberá valorar el contenido de la voluntad humana constituido por la “finalidad”.

Esta teoría inició con la propuesta de abordar al delito partiendo de la concepción de la acción como algo ontológico (que estudia la naturaleza del ser), y ya no como algo físico. A su vez, pretendió abordar su finalidad en lugar de su causalidad, esto debido a que la causalidad, según Welzel, es ciega; mientras que la finalidad es vidente. Entiéndase por esto que el hombre se propone fines sobre

la base de su conocimiento de las leyes naturales; por ende, puede anticipar el curso y resultados de su actividad. (Fernández, 1995, pp. 268-269)

Para el finalismo, entonces, la voluntad se erige como la base fundamental que otorga sentido jurídico-social a la conducta humana, pues, sin aquella la acción se transforma solamente en un objeto natural y causalmente significante (como postulaba el causalismo naturalista). Welzel (1964) refería que, el contenido de la voluntad (finalidad) -como presupuesto del acontecer externo- vendría a ser un “reflejo” del proceso causal entre el alma del sujeto agente con su conducta exteriorizada. De esta manera, la premisa fundamental para la construcción de la imputación delictiva en el derecho penal finalista consistía en que, “(...) la vinculación entre la conducta jurídico-penal y su autor se funda en una concreta manifestación de la voluntad humana, como una vía adecuada para desvirtuar responsabilidad penal cuando el suceso externo no es obra del sujeto como individuo (...)” (Peña, 2018, p. 66).

En el pensamiento finalista de Welzel (2003), “la acción en el delito siempre será una finalidad determinada por el actuar consciente del autor del delito, es decir, una búsqueda de un resultado propuesto voluntariamente por él mismo” (p. 150). Por lo tanto, al tratarse de una conducta con tendencia a un fin determinado, “(...) recaerá sobre el legislador el deber de ubicar los elementos en el tipo, así como prever todas aquellas acciones provistas de finalidad” (Welzel, 2003, p. 150). Es a partir de entonces que, se empezaron a prever tipos penales con finalidades o intenciones expresas en su descripción normativa.

A partir de lo anotado, la posición de Welzel sobre los elementos subjetivos del injusto desarrollados por Mezger, fue muy clara, pues, sostuvo que, sí resultaba posible agregar en el tipo penal -con razón y sin dificultad- tales elementos (a los cuales denominó “elementos subjetivos de autoría”) siempre y cuando se reconociera la necesidad de considerar al dolo como un elemento constitutivo del tipo, es decir, trasladarlo de la culpabilidad a la tipicidad (Welzel, 1964), lo cual hizo realidad. Así lo destaca Peña (2018), al afirmar que, “el reconocimiento de la existencia de elementos subjetivos del injusto fuerza a su consiguiente inclusión del dolo y la culpa en el ámbito de la tipicidad por parte de Welzel (...)” (p. 68).

Al introducirse la razón de la conducta humana dentro de un determinada finalidad evidencia que Welzel fundó su metodología en estructuras lógico-objetivas ontológicas y fenomenológicas adentradas en la ciencia del espíritu. Refiere Muñoz (2003) que, Mezger -desde su causalismo valorativo- ya reconocía que la acción a partir

de una perspectiva ontológica sea considerada como una actuación de la voluntad orientada hacia un fin. Y es que, “(...) la finalidad, o carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta y asignarse, por tanto, fines diversos (...)” (Welzel, 1964, p. 41). La voluntad final pertenece, por lo tanto, a la acción, pues, esta constituye el componente que da origen a las conductas humanas de relevancia penal; circunstancia que, a entender de Welzel, abre paso (justifica) a la subjetivización del injusto en la teoría del delito.

Ahora bien, como consecuencia del traslado del dolo y la culpa al injusto - precisamente, a la tipicidad-, se reformuló la concepción del tipo penal, el cual empieza a presentar dos aspectos muy marcados, uno objetivo (donde se analizan los sujetos, el resultado, el medio empleado y la causalidad) y otro subjetivo (donde se analiza el dolo). Refiere Zaffaroni (1982) que, en la visión finalista, “para que una conducta se adecúe a un tipo es necesario que se haya llevado a cabo con la finalidad típica (el dolo); cada tipo doloso (...) requiere un dolo determinado (...)” (p. 984). En tal sentido, se impone una idea del dolo notoriamente diferente a la defendida por el causalismo, convirtiéndolo en la base o núcleo central del aspecto subjetivo del tipo; “dolo es, pues, el querer del resultado típico abarcando -y siendo dirigido u orientado- por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo” (Zaffaroni, 1982, p. 985).

El finalismo -sostiene Zaffaroni (1982)- reconoce dos aspectos dentro del dolo, a saber, uno de carácter intelectual y otro volitivo. El carácter intelectual tiene que ver con el conocimiento del aspecto objetivo del tipo y de los elementos subjetivos añadidos (cuando se dan). A diferencia del causalismo, el dolo típico finalista no incluye el conocimiento de la antijuridicidad (el cual permanece en la culpabilidad), por lo que, una conducta es dolosa pese a que se encuentre justificada. Por su parte, el carácter volitivo tiene que ver con la voluntad final típica del agente, es decir, la intención o el querer el resultado típico. La culpabilidad queda reducida como categoría de reproche personal del agente, ya que el dolo se trasladó al objeto de dicho reproche, es decir, al injusto.

Es, pues, a partir de la divulgación y asentamiento del finalismo que, “tradicionalmente el elemento subjetivo del tipo (tipicidad subjetiva) fue asociado con la intención del sujeto que comete un delito (...)” (Valderrama, 2022, párr. 9). Así, fueron reconociéndose en la doctrina determinadas intenciones bajo la nomenclatura de “*animus*” vinculados estrechamente al dolo directo y considerados, incluso, equivalentes al mismo, por la verificación de ciertos niveles de intencionalidad. Al respecto, Vásquez

(2022) sostiene que, el dolo directo se identifica con la intención, pues, en Alemania para referirse al dolo (como componente subjetivo genérico de la tipicidad) se utiliza el término “*vorsatz*”, mientras que, para hacer referencia al dolo directo, se recurre al término “*absicht*” que significa “intención”, por una suerte de diferenciación dado que, no solo se reconoce un tipo de dolo, sino también al dolo eventual, donde la valoración de la anotada intención varía notoriamente.

En los casos de los tipos penales con elementos subjetivos de autoría -para Welzel (1956), elementos personales-subjetivos adicionales al dolo pero contenidos en la acción típica, por ser el enfoque o posición psíquica del sujeto agente que colorea y anima el contenido ético-social de la conducta de modo especial-, el dolo directo finalista, en su aspecto volitivo, si bien evidencia una intencionalidad primigenia o ánimo (*animus*) primigenio (verbigracia: querer matar a otro, *animus necandi* o dolo determinado de matar), no obstante, también e advierten finalidades o intenciones adicionales especiales exigidos por el tipo penal. Por ejemplo, en los tipos de intención, a dicho *animus* primigenio se le adiciona -normativamente- otro *animus* consistente en lograr un resultado que trasciende la realización del tipo, pues, la concreción del tipo objetivo es solo el medio para la consecución de un fin más amplio (es decir, el sujeto activo además de tener la intención inicial de matar, también puede tener una intención adicional, como podría ser la de ocultar o facilitar otro delito); en los delitos de tendencia, ocurre casi lo mismo, solo que el *animus* adicional al primigenio intensifica la conducta típica (tendencia voluptuosa-subjetiva) otorgándole un carácter de considerable peligrosidad para el bien jurídico (esto es, no solo poseer la intención originaria de matar, sino también, hacerlo por ferocidad, placer, codicia, con gran crueldad -con la intención que el sujeto pasivo sufra-, etc.).

Ahora bien, respecto al dolo eventual (*dolus eventualis*) en el sistema finalista, Welzel (1956) refiere que, aquel se explica a partir de la “teoría del asentimiento” que entiende al dolo (genérico) como una “voluntad de concreción” (la cual comprende no solo la finalidad pretendida por el sujeto agente, sino también los medios y las consecuencias secundarias del hecho), por lo que, el dolo eventual es definido como la “voluntad de concreción de consecuencias posibles”, es decir, el sujeto quiere realizar determinada conducta (quiere el hecho de forma incondicional) incluso cuando sabe o cree como posible que se susciten determinadas consecuencias secundarias de carácter punible a razón del hecho. A partir de tal visión los finalistas diferencian al dolo eventual de la culpa consciente; en el primero hay una representación de consecuencias

secundarias punibles posibles y aun así se quiere el hecho, mientras que, en la segunda el agente actúa con la esperanza de que se evitará la consecuencia penal que se representa como posible.

En contraposición a la “teoría del asentimiento”, dice el propio Welzel (1956) que, existe otra teoría denominada “teoría de las probabilidades” que pretendía explicar al dolo eventual -y distinguirlo de la culpa consciente- a partir de la mayor cantidad de probabilidades de generación del resultado que se representa el autor; sin embargo, refiere el autor -y aquí se evidencia el fuerte arraigo subjetivista o espiritualista de la visión finalista-, “en contra de esa opinión debe señalarse que descuida el elemento volitivo del dolo, en favor del intelectual” (p. 76). Ahora bien, el autor, precisó cómo detectar cuándo un delito puede imputarse por dolo eventual, sosteniendo que, cuando la ley sanciona determinada conducta como un actuar “doloso” -a secas- tal dolo también comprende el dolo eventual, no obstante, si la ley exige un actuar “contra su mejor saber”, o sea, donde se exige un conocimiento positivo mayor del autor, el dolo eventual queda excluido, aplicándose solo el dolo directo. Empero, tal criterio presentó inconsistencias al verificarse que existían tipos que utilizaban el término “a sabiendas” y que admitían ambas formas dolosas y otras solamente el dolo directo.

Lo aquí desarrollado es muestra de cómo el finalismo de Welzel sistematizó de forma práctica los elementos subjetivos del injusto expuestos por Mezger solo con el dolo directo (denominándolos “elementos subjetivos de autoría”), mas no con el dolo eventual (no se aprecia algún desarrollo particular en sus obras, por su aparente incompatibilidad), partiendo de reconocer que, “según la posición y enfoque subjetivo con que el autor realiza la acción, se determina muchas veces decisivamente el sentido ético-social especial de la acción” (Welzel, 1956, p. 83). Aunque defensores del finalismo pretendan negarlo, sus postulados dieron lugar a una evidente sobre exaltación del elemento espiritual o *animus* en las conductas humanas para dotarlas de relevancia jurídico-penal.

5.3. Crítica a los elementos subjetivos del injusto de Mezger y al subjetivismo del finalismo de Welzel

Si bien, con los postulados de Mezger y Welzel se dio lugar al aspecto fenomenológico en aras del establecimiento de conductas relevantes para el Derecho Penal en tal época, sin embargo, la evidente sobre exaltación del elemento espiritual o psicológico abrió paso a cuestionamientos con mejor desarrollo y asidero dentro de la dogmática penal, pues, “(...) las estructuras lógico-objetivas no constituyen por sí mismas

elemento fundamental para la determinación de la conducta típica” (Peña, 2018, p. 93). Y es que, claro, la visión finalista -en suma cuenta- trajo consigo “(...) una serie de dificultades probatorias como el pretender ingresar al fuero interno del autor” (Valderrama, 2022, párr. 10).

Dentro de los cuantiosos cuestionamientos a esta visión psicológica, se destaca la visión normativista en la teoría del delito, la cual, a entender de Muñoz (2003), domina hoy en relación a la teoría de la acción, así como en los demás conceptos jurídico-penales de la teoría del delito (como el tipo, la causalidad, imputación objetiva, culpabilidad, etc.), quitándole -desde la perspectiva teórica y filosófica- total relevancia a los postulados estrictamente ontológicos de Mezger y Welzel. En la misma línea, Valderrama (2022), arguye que “(...) la normativización de los elementos del tipo trajo consigo la idea de demostrar el dolo a partir de factores objetivos imputables al grado de conocimiento del sujeto activo” (párr. 10).

En este punto, es necesario rescatar la crítica a los elementos subjetivos del injusto, efectuada por Peña (2018), quien sostiene que:

(...) la introducción de los elementos subjetivos del injusto en el ámbito de la dogmática penal, tiene que ver fundamentalmente con una postura ontológica del delito, mas no de una interpretación normativa que se desprenda de *lege lata*. Más aún no resulta desdeñable señalar, que la incorporación de los elementos del ánimo al tipo subjetivo del injusto, tiene que ver también con concepciones ideológicas y políticas a la vez, pues a su precursor Mezger se le vincula con el régimen nacionalsocialista alemán, particulariza en esencia una postura dogmática propia de un Estado autoritario, poniendo hincapié a un Derecho penal de autor. Inclusive a Welzel, (...)partidarios de la teoría causal de la acción han señalado la proximidad de la teoría final de la acción con el “Derecho penal de la voluntad” propugnado por la Escuela de Kiel; no olvidemos que el finalismo –a partir de las estructuras lógico objetivas- supuso una fuerte influencia del aspecto subjetivo en el injusto penal, que da lugar a un Derecho Penal de voluntad, la superposición del disvalor de la acción por el disvalor del resultado, son elementos que dan a juzgar una concepción no muy democrática del recurso punitivo. (p. 93)

En adición a ello, Muñoz (2003) precisa que, la dogmática jurídico-penal de Mezger estaba impregnada de un matiz fuertemente criminológico, en el que se ponía acentuación en el “ser delincuente” partiendo de estructuras antropológicas y étnicas. Sus

postulados insistían en la teoría de los “tipos de autor” (clases de delincuentes) la cual consistía en afirmar que ciertos caracteres biológicos y psíquicos hacían proclives a los humanos a cometer delitos (predisposición a realizar ilícitos), evidenciándose una clara visión racista de un Derecho Penal de autor en el que el fundamento de la necesidad de pena vendrían a ser los rasgos externos e internos del delincuente; esto dio lugar a la promulgación de leyes dirigidas contra tipos de autor. Si bien la incorporación de los elementos subjetivos del injusto evidenció un significante progreso en el desarrollo de la teoría del delito (pues, permitió diferenciar y delimitar la aplicación de determinados injustos penales), no obstante, es necesario tener en cuenta el contexto histórico y social en el que se propugnaron, pues, ello permite verificar que respondían a fines político-criminales consistentes en la destrucción teórica de la persona, incompatibles con el de un Estado democrático de Derecho cuyo fin es la tutela preventiva de bienes jurídicos.

Otra de las fuertes críticas que se le hace al finalismo está referida a que su sobreexaltación “(...) conduce a soluciones irracionales como efecto de la hiperbolación de la teoría de la acción, sin valorar aquellas conductas que solo son relevantes en cuanto expresan ya una conducta de lesión (...)” (Peña, 2018, p. 70), incluso, aquellas que expresan una conducta de peligro al bien jurídico. Esto quiere decir que, existen conductas humanas que, sin necesidad de perseguir una determinada finalidad compatible con la descrita (o inferida) en un tipo penal, pueden generar -voluntariamente- estados de peligro y de lesión a bienes jurídicos protegidos lo cual no tendría por qué eliminar o reducir su relevancia jurídico-penal.

El mismo autor, Peña (2018), es del parecer que, los anotados *animus* son fiel reflejo de un intervencionismo excesivo del Derecho Penal en aspectos o fúeros que -en términos de legitimidad- no le han de corresponder dentro de las finalidades político criminales de un sistema penal de todo Estado democrático de Derecho, pues, tal aspecto espiritual o anímico del sujeto agente solo debe mostrarse manifiesto en el dolo y, excepcionalmente (como su propio exponente lo postuló), en determinados tipos penales, pero tal inclusión siempre debe respetar el principio de legalidad, o sea, la exigencia de elementos subjetivos distintos al dolo debe regirse estrictamente por la ley.

En tal medida, el modelo a seguir, coherente con la visión político-criminal propio de un Estado de Derecho vendría a ser uno de corte normativista y funcional (con determinados reparos entre la tesis moderada de Roxin y radical de Jackobs), “(...) donde la relevancia jurídico-penal de una conducta debe determinarse sobre un doble baremo a saber: primero, que la conducta crea un riesgo jurídicamente desaprobado con aptitud

lesiva, y que dicho comportamiento provenga de una actitud consciente y voluntaria del autor” (Peña, 2018, p. 94), analizar si realizó la conducta con desprecio, furia, desdén, etc., son elementos o cuestiones que no interesan en miras a efectuar el juicio de imputación delictiva, siempre que, la ley penal no exija -razonablemente- su incorporación y valoración en el tipo.

5.4. Los *animus* aplicados a los delitos contra el honor

Como bien se expuso, el posicionamiento del sistema finalista en la dogmática penal, durante gran parte del siglo XX, favoreció el reconocimiento y exigencia variopinta de determinados componentes anímicos especiales (*animus*, ya sea equivalente al dolo o como elemento subjetivo de autoría) en los tipos penales, donde los delitos contra el honor no fueron la excepción.

El *animus* reconocido y aplicado a los figuras delictivas contra el honor que cuenta con larga data por ser el primero en estudiarse y exigirse en el delito de injurias es el *animus iniuriandi* o *animus injuriandi*, considerado presente en todas las modalidades de los delitos contra el honor, en el entendido que, el contenido de la calumnia y la difamación es de corte injurioso. Sin perjuicio de ello, en doctrina también se advierten y estudian otros elementos anímicos, como son el *animus calumniandi* y, especialmente, el *animus difamandi*; el primero de ellos de poco desarrollo por las mismas razones antedichas (por ser el *animus iniuriandi* el contenido principal del tipo de calumnia, dado que, es reconocida como una injuria cualificada), mientras que, el segundo *animus* ha tomado posición en el desarrollo dogmático por advertirse diferencias con el mero *animus iniuriandi*, especialmente, en las legislaciones penales donde se reconoce el tipo penal de difamación con independencia normativa del tipo de injuria, como es el caso peruano.

5.4.1. *Animus iniuriandi*

En la época romana clásica, sostiene Angulo (2021), originariamente, la figura jurídica de injuria era considerada como lesión, negación del derecho (*in iure*) o maltrato causado con uno o varios actos en agravio de otro romano; en tal medida, el *animus iniuriandi* fue considerado -a partir de un enfoque espiritual o motivacional- como una “(...) intención de agravio, de desconocimiento del derecho del agraviado, ofendiéndole, mostrándole irrespeto, manifestándole desprecio” (p. 64). Con posterioridad es que se delimitó el *animus iniuriandi* en el marco de los delitos contra el honor, el cual también fuere confundido u homologado -erróneamente- con el *animus difamandi*, a entender del autor en referencia.

A partir de lo anterior, Roy (1989) sostiene que, el *animus iniuriandi* en los delitos contra el honor “(...) consiste en la intención que se expresa en forma perceptible o inteligible, o que se deduce de las circunstancias, y que está dirigido a lesionar el honor ajeno” (p. 429). En la misma línea, Salinas (2018) afirma que, tal *animus* “(...) es entendido como la voluntad deliberada de lesionar el honor de una persona” (p. 415), dicho en otras palabras, “(...) viene a ser el objetivo de la voluntad dolosa que da vida al acto que constituye la agresión al bien jurídico” (Angulo, 2021, p. 65).

Por su parte, Chirinos (2006) define al *animus iniuriandi* a partir de los verbos rectores del tipo penal de injuria, homologándolo con el dolo, al sostener que, es la “(...) intención concreta y específica de ofender y ultrajar” (p. 297); sin embargo, Ramos (1957) opina que, no solo consiste “en decir o en hacer algo injurioso, sino en hacerlo o decirlo con un fin determinado, para menospreciar, deshonrar, desacreditar. (...) lleva implícito en sí el *animus nocendi* (ánimo de producir un daño en el honor, la reputación)” (p. 104).

Las nociones jurídicas aquí recogidas han dado lugar a una variada hermenéutica y aplicación del *animus iniuriandi* en el juicio de tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor, como se verá líneas *infra*.

5.4.2. *Animus difamandi*

En términos de Bramont-Arias y García (1996), el *animus difamandi* es definido como la “intención expresada en forma perceptible o inteligible, o que se induce de las circunstancias, dirigido a lesionar el bien jurídico del honor ajeno o simplemente como ánimo especial de difamar” (p. 123). Esta misma definición fue utilizada años atrás por Roy (1989) para definir al *animus iniuriandi* y al *animus difamandi*., por considerarlos sinónimos.

Sin embargo, el *animus difamandi*, dice Angulo (2021), se distingue del *animus iniuriandi*, dado que, es la intención u objetivo de “(...) atacar la fama lograda y reconocida” (p. 109), es decir, intención de dañar la reputación de una persona. El autor es de los que propugnan que el honor y la reputación son dos bienes jurídicos distintos, pues, estima que, la política criminal en el tipo penal de difamación -distinta a la de la injuria- consiste en proteger la fama o reconocimiento existente y desarrollado (en función al libre desarrollo de la personalidad) de los seres humanos de todas aquellas conductas que la pongan en peligro o la lesionen. Se estima que, el *animus difamandi* responde a una intención de mayor lesividad al honor, pero propiamente, a la reputación de las personas, al ser la difusión de la noticia (atribución de un hecho, cualidad o

conducta) que trae consigo una mayor puesta en peligro (incluso lesión) del bien jurídico la característica fundamental de la difamación; he allí las sutiles diferencias advertidas entre los *animus* expuestos.

En la doctrina española, pese a que no cuenta con la regulación típica de la difamación, no obstante, se ha estudiado -de forma controvertida, idéntica a la de esta investigación- el componente anímico denominado *animus infamandi* que responde al mismo sentido y alcance ya desarrollado sobre el *animus difamandi*, por lo que, vendrían a ser lo mismo, más allá de su distinto *nomen iuris*.

5.4.3. *Animus calumniandi*

Dentro de la doctrina que muestra posturas a favor sobre la presencia de elementos subjetivos añadidos en los delitos contra el honor no se aprecia un desarrollo vasto respecto a este tipo de *animus*, dado que, el tipo penal de calumnia es considerado convencionalmente como una injuria cualificada, lo que trae como consecuencia que, el denominado *animus calumniandi* quede relegado al *animus iniuriandi*, incluso, al *animus difamandi* que es más amplio y acepta una forma delictiva de contenido calumnioso.

Dicho de otro modo, el *animus calumniandi* (entendido como ánimo o intención de calumniar) perseguiría una la misma lógica que da sentido al *animus iniuriandi* y *difamandi*, pues, dentro de la descripción típica de la calumnia -consistente en atribuir falsamente a otro un delito- se dice que la intención del sujeto agente es dañar el bien jurídico honor de la víctima con tal atribución, lo cual vendría a ser *animus iniuriandi*. “Por tanto, el ánimo *infamandi* es más amplio que el *calumniandi*, al que incluye” (Fuentes, 2009, p. 273).

No obstante a lo anterior, las diferencias entre los anotados *animus* se presentarían solo de forma operacional o aplicativa, es decir, en la forma de manifestación del contenido de la voluntad del sujeto agente, ya sea a través de una injuria propiamente (imputación verdadera o falsa de hechos de carácter no delictivo) o de una calumnia (imputación falsa de hechos de carácter delictivo), por ese motivo, dice Fuentes (2009), “(...) suele utilizarse una distinción entre ánimo *iniuriandi* y *calumniandi*, referido expresamente a las formas de comisión contenidas en cada uno de estos tipos (...)” (p. 273).

5.5. Hermenéutica y aplicación jurídica de los *animus* en el juicio de tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor en la doctrina y jurisprudencia nacional

En la doctrina y jurisprudencia nacional existen hasta tres posturas disímiles que ofrecen criterios interpretativos (hermenéuticos) respecto a los *animus* dentro del análisis de tipicidad subjetiva en los delitos contra el honor. El primero de estos criterios pretende equiparar el *animus iniuriandi* y el *difamandi* con el dolo, sosteniendo que son lo mismo o bien el *animus* forma parte del elemento volitivo del solo; el segundo criterio entiende que los *animus* son elementos subjetivos distintos al dolo (tipo de tendencia interna) y, por ende, se exige su probanza o acreditación de forma adicional a este; finalmente, una tercera postura critica o cuestiona férreamente los anteriores criterios y niega no solo la exigencia del *animus* como elemento subjetivo distinto al dolo, sino también descarta la idea de entender que *animus* y dolo son lo mismo en los tipos contra el honor, ello a partir de una concepción relativamente normativa (por la ponderación del elemento intelectual) y funcional del dolo, abriendo lugar a la posibilidad incuestionable de comisión de injuria, calumnia y difamación básica o agravada por dolo eventual.

5.5.1. *Animus equivalente al dolo directo*

En el tiempo, sostiene Angulo (2021), “el *animus iniuriandi* fue considerado, por los maestros del Derecho Penal, como manifestación o expresión del dolo, en los delitos contra el honor” (p. 64). Esto fue así, a partir de las tesis subjetivistas del sistema finalista, en la que se concebía que el dolo, además de conocimiento del tipo objetivo, era esencialmente la voluntad o intención de concreción del mismo, pues, se entendía que todas las conductas humanas -por ende, todos los delitos- son expresiones de intenciones, fines o voluntades internas.

En tal sentido, determinado sector de la doctrina nacional se ha decantado por concebir que el dolo en el delito de injuria, calumnia y difamación (básica o agravada) contiene o se identifica con el *animus iniuriandi* o *difamandi*, es decir, la intención de lesionar el honor o reputación ajena, de ser el caso.

Salinas (2018), dentro del grupo de principales juristas que defienden esta posición, sostiene que, “(...) en nuestra legislación, por la forma como se han tipificado los delitos de injuria, difamación y calumnia, el *animus iniuriandi* o *difamandi* integra el contenido del elemento cognoscitivo del dolo” (p. 415), de manera que, “(...) si en el agente no hay ese conocimiento, intención o ánimo en su conducta, el delito contra el

honor no aparece por falta de dolo” (p. 415). Otros de los que participan de esta concepción es Calderón (2015), quien afirma que:

El dolo y el *animus iniuriandi* no son dos conceptos distintos como pretende diferenciar la jurisprudencia peruana, sino que constituye una misma cuestión en la configuración del delito de injuria. En efecto, el dolo se define como el conocimiento y la voluntad del agente de ofender o ultrajar el honor de sujeto pasivo, lo cual no difiere del concepto del *animus iniuriandi*, dado que ambos buscan menoscabar el honor de una persona. (p. 151)

Dentro del mismo orden de ideas, Villavicencio (2014) equipara el dolo y el *animus* en el delito de calumnia, sosteniendo que, “se requiere el dolo, es decir, el conocimiento y la voluntad de atribuir o imputar falsamente la comisión de un delito. Para nosotros, esto equivale al *animus infamandi* (...)" (p. 519); la misma posición tiene el autor en referencia respecto a la tipicidad subjetiva del delito de difamación, al sostener que, “se necesita de un actuar doloso, es decir, un equivalente al *animus difamandi*, que implicaría la conciencia y voluntad de ofender, y que a la vez sea publicitada. No se requiere otro elemento subjetivo distinto al dolo” (Villavicencio, 2014, p. 526).

Castillo (2006), rescata un pronunciamiento de la Corte Suprema recaído en el Exp. N.^o 384-2003-La Libertad, ejecutoria de fecha 29 de marzo de 2004, donde se advierte que el colegiado adopta el criterio consistente en la aludida identidad entre dolo y *animus*, en los siguientes términos:

(...) del estudio de los autos se aprecia que no existen los elementos constitutivos de los delitos antes mencionados por parte del querellado, (...) lo cual se corrobora con los documentos (...) por lo que la noticia cuestionada contiene un hecho cierto, descartándose el *animus difamandi*, no existiendo dolo en el accionar del querellado. (p. 95)

Frente a esta postura que equipara el dolo y el *animus*, Rojas (1999) advierte un detalle que otros juristas no reparan, arguyendo que, tal identidad se presenta solo y únicamente con el dolo directo, mas no con el dolo eventual:

El “animus” es el dolo de propósito o más comúnmente conocido como la “intención”. Dolo de propósito que es una de las expresiones del dolo directo. Resulta impensable jurídicamente que pueda difamarse, injuriar o calumniar a alguien con dolo eventual, esto es, con déficit de voluntad y deseo. (p. 153)

En suma cuenta, desde esta perspectiva, se estará ante conductas subjetivamente típicas contra el honor, cuando se acredite que el sujeto agente actuó con dolo directo de injuriar, calumniar o difamar, es decir, con *animus iniuriandi* y *difamandi*.

5.5.2. *Animus como elemento subjetivo distinto al dolo: tipo de tendencia interna*

Es de advertirse que, además de la anterior posición expuesta sobre la equivalencia entre el dolo con el *animus*, otro sector de la doctrina y la jurisprudencia estiman que estos no constituyen lo mismo, por lo que, su tratamiento y probanza deviene en independiente. Así lo expresa Villavicencio (2014), al sostener que, si bien para él “(...) el dolo es similar al *animus iniuriandi*; para otros, este es un elemento subjetivo distinto del dolo” (p. 510). En la misma línea, Gálvez et al. (2017), refiere que:

En nuestro medio, algunos autores han señalado que la configuración subjetiva (...) requiere, además, otro elemento subjetivo (...) conocido como ‘*animus iniuriandi*’, de forma que no bastaría con que la expresión (...) sea objetivamente injuriosa y el sujeto lo sepa, sino que se necesitaría un ánimo especial de dañar o perjudicar efectivamente la honra ajena. (p. 154)

Esta otra postura dogmática sostiene que los delitos contra el honor vienen a ser tipos de tendencia interna, es decir, exigen elementos subjetivos distintos al dolo, como son el *animus iniuriandi* y *difamandi*. Sin embargo, como a continuación se verificará, existe un doble parecer dentro de esta concepción, pues, por un lado, hay quienes afirman que los delitos contra el honor son tipos de tendencia interna trascendente (delitos de intención) y otros refieren que se trata de tipos de tendencia interna intensificada (delitos de tendencia), empero, en cualquier caso, se hace distinción del dolo con el *animus*.

Bramont-Arias y García (1998), sobre el juicio de tipicidad subjetiva en el delito de injuria, expresan una postura diferenciadora entre el dolo y el *animus iniuriandi* en los siguientes términos:

El sujeto activo debe actuar con dolo y con *animus iniuriandi*. Dolo porque el sujeto activo con conciencia y voluntad realiza el acto de injuria. *Animus iniuriandi* porque no basta con realizar este acto dolosamente, sino que debe tener el ánimo de lesionar o poner en peligro el honor desde su aspecto subjetivo del sujeto pasivo. (p. 138)

En ese mismo tenor opinan Roy (1983) y Villa (1998), pues, consideran que el delito de injuria es necesariamente intencional por lo que se requiere que el sujeto activo obre con *animus iniuriandi*.

Gómez (2007), advierte la postura in commento adoptada por la Corte Suprema, rescatando lo expresado por el colegiado en la ejecutoria recaída en el Exp. N.^o 7720-97-Lima al analizar la tipicidad subjetiva de la calumnia, en los siguientes términos:

El delito de calumnia requiere como aspecto subjetivo de los mismos la presencia del *animus injuriandi*, respecto del cual la dogmática penal, señala la posibilidad de superposición de otro ánimo excluyente de la intención injuriosa es consecuencia de la propia naturaleza de este delito. En efecto, como delito de tendencia, desaparece la ilicitud del acto cuando este se ejecuta con otra intención distinta de la de injuriar (...). (p. 76)

En la anotada ejecutoria, que data de 1997, se verifica cómo la Corte Suprema califica a la calumnia como un “delito de tendencia” *nomen iuris* que, en doctrina, es el correspondiente a los tipo de tendencia interna intensificada; esto significa que, el *animus iniuriandi* constituye una especial o específica intención de lesionar el honor que intensifica o refuerza la conducta del sujeto agente, más allá de la sola voluntad de realización típica (dolo). La misma postura adopta la propia Corte Suprema para el tipo penal de difamación (y por obvias razones, también para el de injuria) en otros pronunciamientos de la época como es el caso de la ejecutoria recaída en el Exp. N.^o 3691-97-Lima, tal y como se aprecia en el fragmento rescatado por La Rosa (como se citó en Villavicencio, 2014) que a la letra dice: “en el delito de difamación se requiere de dolo y ánimo específico del agente para dañar, lesionar o agraviar el honor del sujeto pasivo” (p. 527), esto es, el *animus difamandi*. Y, así, en otras sentencias, que pueden verificarse en los trabajos de compilación jurisprudencial de Rojas Vargas y de Ugaz Sánchez-Moreno (como se citó en Alcántara, 2019), quienes rescatan numerosas sentencias de la Corte Suprema, la cual incluso ha calificado al *animus* “como requisito *sine qua non* para la configuración de los delitos contra el honor” (pronunciamiento recaído en el Exp. N.^o 0060-88 y en el Exp. N.^o 322-93-B).

Años más tarde, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.^o 3301-2008/Lima (caso concreto que será analizado a detalle en el próximo capítulo), mantuvo la misma perspectiva antedicha, al sostener -en su fundamento jurídico séptimo- que:

El delito de difamación es un delito de conducta o actividad y exige del sujeto activo la intención o ánimo de difamar o lesionar el honor o la reputación de una persona; es decir, tiene como elementos objetivos y subjetivos: a) atribuir a una persona un hecho, cualidad o conducta que perjudique su honor o reputación; b)

la posibilidad de difusión y publicidad de las imputaciones; y el “*animus difamandi*” como elemento de tendencia interna que implica la especial intención de dañar el honor (...). (Corte Suprema de Justicia de la República, 2010, pp. 3-4)

Al verificar que, la Corte Suprema se refiere al *animus difamandi* como la “especial intención” de dañar el honor, es posible afirmar que entiende al delito de difamación como un tipo de tendencia interna intensificada (delito de tendencia), pues, estos (...) se caracterizan porque el comportamiento del autor se realiza con una específica intención que refuerza o intensifica al dolo primigenio” (Almanza, 2022, p. 334), siendo, en este caso, tal específica intención representada por el *animus difamandi*.

No obstante, un pronunciamiento reciente de la Sala Penal Permanente del mismo órgano supremo recaído en el Recurso de Nulidad N.º 2273-2019/Lima, donde, si bien, no se muestra a favor de la exigencia del *animus*, pero haciendo uso hipotético del mismo en el análisis de tipicidad subjetiva del tipo de difamación agravada, deja entrever -en su literalidad- otra forma entender el referido *animus*, sosteniendo en el fundamento 1.9. que: “el *animus* -entendido como un elemento de tendencia interna trascendente sin el cual la conducta ilícita no llega a configurarse- es un elemento subjetivo distinto al dolo (...)" (Corte Suprema de Justicia de la República, 2020, p. 3).

Se verifica, entonces, la antedicha duplicidad de criterios dentro de esta postura dogmática. Empero, esta situación puede superarse al remitirse a la naturaleza misma de los elementos subjetivos distintos del dolo -claro, en el supuesto de estar a favor con la exigencia del *animus* en los delitos contra el honor, que no es el caso-. En doctrina ha quedado establecido que, para que un tipo penal sea considerado de tendencia interna trascendente (también llamado de finalidad relevante) “(...) se requiere que el autor persiga una concreta finalidad con su comportamiento que trasciende la conducta del tipo penal y que no es necesario alcanzar para consumar el delito” (Almanza, 2022, p. 334), lo cual, a todas luces, resulta incompatible con la postura a favor de la concurrencia del *animus* adicional al dolo, pues el *animus iniuriandi* no es definido como una finalidad que trasciende a la conducta típica de injuria, calumnia o difamación, sino como una especial intención que, propiamente, engrosa o intensifica el obrar del agente (se afirma que el agente no pretende otra cosa más que lesionar el honor, por ende, no hay trascendencia sino intensificación del tipo).

Por lo tanto, esta postura reposa en entender a los delitos contra el honor como tipos de tendencia interna intensificada (también llamados “delitos de tendencia”),

reconociendo al *animus iniuriandi* y *difamandi* como un elemento subjetivo distinto al dolo, exigible de analizar y acreditar en el juicio de tipicidad subjetiva. Del mismo parecer -aunque fuertemente cuestionable, bajo los mismos argumentos que justifican esta investigación- es también cierto sector de la doctrina y jurisprudencia en el Derecho comparado, por ejemplo, de España, así lo expresa Martínez-Buján (2013) en un amplio artículo jurídico enfocado en el estudio de los “elementos subjetivos del tipo de acción”, postulando posturas en contra de la exigencia del *animus* en determinados tipos penales donde la ley no efectúa previsión expresa del mismo.

5.5.3. Crítica: posición en contra de los *animus* en los delitos contra el honor

Sin perjuicio de haber previsto exponer y desarrollar ampliamente en el capítulo tercero los argumentos en contra de la aplicación de la teoría de los *animus* en el juicio de tipicidad subjetiva en los delitos contra el honor, especialmente, en el tipo de difamación agravada (menester de esta investigación), se considera prudente adelantar iniciales y puntuales críticas dirigidas tanto para los que estiman equiparar al dolo con el *animus iniuriandi* y *difamandi*, como también para los que los diferencian aludiendo que tal *animus* consiste en un elemento subjetivo distinto al dolo.

En la primera postura se evidencia una notoria serie de inconsistencias correlativas que merecen ser señaladas. En primer orden, parten de una errada forma de entender al dolo en los delitos contra el honor, equiparándolo tendenciosamente con la “intención”, cuando el dolo -dentro de un esquema alineado a los estándares político criminales de un Estado democrático de Derecho- se define resumidamente como “(...) conciencia y voluntad de realización típica, (...) ambas esferas deben abarcar los elementos constitutivos del tipo penal” (Peña, 2018, p. 91). El dolo, por tanto, no es solo voluntad o -como los finalistas prefieren denominarle haciendo referencia a su contenido-intención (*animus*), sino también conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es decir, la conciencia del carácter lesivo o posibilidad de lesividad que reviste la conducta desplegada, capaz de realizar o crear un riesgo jurídicamente desaprobado tras el quebrantamiento de un rol que desemboque en un resultado jurídico compatible con las exigencias típicas de la ley penal.

Otra forma imprecisa (mas no errada del todo) de entender al dolo genérico -correlativa a la posición cuestionada- consiste en afirmar que se trata de la voluntad o intención de poner en peligro o lesionar bienes jurídicos -en el caso de los delitos contra el honor: “lesionar el honor ajeno”-, pues, como bien se viene sosteniendo, el dolo implica conocer y tener voluntad de materializar los elementos del tipo objetivo donde si

bien, efectivamente, se considera al bien jurídico como un elemento del tipo, empero, no es el único; en otras palabras, la representación de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos sí es abarcado por el dolo, pero, tal representación o conocimiento no lo define en su totalidad, ya que estaríamos dejando de lado los demás elementos o circunstancias externas del tipo como son los sujetos, la conducta típica, el resultado, el objeto sobre el que recae la acción, medios, entre otros (de acuerdo a la naturaleza de cada tipo). Asimismo, insistiendo en la crítica, sostener que el dolo genérico es intención de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos también es impreciso porque esa intención o voluntad es propia del dolo directo, incluso, es compatible con el dolo de consecuencias necesarias, pero no lo es con el dolo eventual donde no existe una voluntad de realización típica propiamente, sino, una voluntad entendida como la asunción de la producción de un resultado típico como consecuencia del despliegue de una conducta. Pretender, entonces, restringir o encasillar al dolo genérico como un querer lesionar el honor es - aunque algunos pretendan negarlo- no aceptar la posibilidad de comisión del tipo por dolo eventual, pues, tal “intencionalidad” solo es compatible o abarcada por el dolo directo y el de consecuencias necesarias. En tal medida, Salinas (2018) incurre en una grave imprecisión o error al excluir implícitamente al dolo eventual afirmando que:

De modo alguno se lesionan el honor de las personas si no aparece el dolo o *animus* de injuriar o difamar en el agente. Los delitos contra el honor no se configuran sino cuando las expresiones o frases injuriantes se emiten con el *animus*, intención o dolo de ofender el amor propio de la persona o en su caso, de lesionar su buena fama o reputación ante los demás. (p. 146)

En segundo lugar, como bien se viene afirmando y cuestionando, se evidencia una abrumadora sobreexaltación del elemento volitivo (espiritual) por encima del intelectual que, obliga a entender -tal cual refiere Rojas (1999)- que los delitos contra el honor solo admiten comisión por dolo directo o de primer grado (por obvias razones, también por dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado), pero no por dolo eventual donde el elemento volitivo se presenta en menor medida o no implica una intención directa de realización del tipo objetivo propiamente, sino una aceptación o asunción de las consecuencias negativas (resultado típico) que traiga consigo la conducta desplegada, pues, esta última -qué duda cabe- se entiende que se efectuó con objetivos distintos. Por ende, el pretender considerar al dolo como equivalente de *animus iniuriandi* y *difamandi* no permitiría -dogmáticamente- reprimir aquellas conductas desplegadas con dolo eventual, las cuales -tal y como se defiende en esta investigación- también gozan

de relevancia jurídico penal por poner en peligro o -incluso- lesionar los bienes jurídicos honor y reputación.

En tercer lugar, tal y como reconoce el propio Salinas (2018) -defensor de la homologación dolo y *animus*-, “en teoría, saber cuándo una persona que vierte frases aparentemente con *animus iniuriandi* contra otra está actuando con intención de lesionar el honor de esta o no, es una cuestión que resulta difícil de establecer (...)" (p. 416), en tal caso, agrega el referido autor, el juez “aplicando un poco de sentido común” debe realizar análisis de las circunstancias, forma, oportunidad y tiempo de acaecimiento del hecho para poder determinar la verdadera intención o propósito del sujeto agente, pues, existen otros *animus* que, de advertirse o comprobarse, tornarían de irrelevancia penal a la conducta bajo análisis, como son el *animus corregendi*, *consulendi*, *criticandi*, *defendendi*, *iocandi*, *retorquendi*, entre otros. Este último parecer es compartido por Roy (1989), quien sostiene que:

No es extraño que el *animus iniuriandi* pueda coexistir o quedar desplazado, en un caso concreto de la vida real, con otros ánimos que concurren. Esto significa que existen otros ánimos que, según las circunstancias, pueden adquirir potencia suficiente eficaz como para excluir la adecuación típica, justificar el hecho o eximir de culpabilidad. (p. 430)

Lo cuestionable aquí está en la errada concepción de los autores respecto a la misión del Derecho Penal (se fundan en la teoría del delito del sistema finalista), pues, a entender de ellos el cometido del Derecho Penal estaría en descifrar o averiguar la “verdadera intención” del sujeto agente para luego poder aplicarle una consecuencia jurídica (pena), sin embargo, esto no es así, “(...) por no ser misión del Derecho penal la valoración de las actitudes internas de nadie” (Días, 1994, p. 173). Máxime si el mismo Salinas (2018) afirma que, en la práctica “(...) es una cuestión que resulta difícil de establecer (...)" (p. 416), diríamos hasta imposible, porque la intención es algo inmaterial, eminentemente subjetiva y no perceptible por los sentidos, solo habita en la mente del sujeto agente y únicamente este es el capaz de conocer -con grado de certeza- lo que en realidad quiso con su actuar. No es posible -material o físicamente hablando- ingresar al cerebro del sujeto activo para averiguar cuál fue su real y auténtica intención. Al valorar la intención del sujeto se va en contra de los postulados de un Derecho Penal en un Estado social, democrático y constitucional de Derecho, así opina Roxin (2008), al sostener que:

(...) el cometido de los tipos dolosos es evitar lesiones calculadas de bienes jurídicos, independientemente de la actitud emocional con que sean cometidas

(...). Para el elemento volitivo del dolo es suficiente que el sujeto incluya en su plan el resultado y con ello lo haya querido en el sentido de una decisión en contra del valor jurídico. No es preciso un ulterior desvalor de la actitud interna. (p. 431)

En tal medida, el despliegue de la acción penal y, consecuentemente, el desarrollo de la actividad probatoria no puede estar dirigida a probar y valorar las actitudes internas de los sujetos, por lo que, resulta un despropósito afirmar que, el juez “aplicando un poco de sentido común” deba realizar una evaluación o valoración completa del hecho para poder lograr determinar la intención del agente. Bajo los mismos argumentos, tampoco es correcto sostener que existen otros *animus* (*corregendi*, *consulendi*, *criticandi*, *defendendi*, *iocandi*, *retorquendi*, *informandi*, *narrandi*) que, en caso de advertirse o comprobarse, eliminan la relevancia penal de la conducta analizada; el juicio de tipicidad subjetiva de ninguna manera puede reducirse a analizar intenciones, mucho menos, efectuar valoraciones respecto de una especie de conflicto o enfrentamiento entre *animus*, pues, como bien se ha dicho líneas *supra*, en la tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor lo que se analiza es si la conducta se efectuó de forma dolosa o no (conocimiento y voluntad de realización típica), siendo el dolo el único componente subjetivo sujeto a analizar.

La consecuencia lógica de sostener que, para los efectos de tipicidad en los delitos contra el honor, resulta irrelevante determinar o probar la intención o *animus* con el que el sujeto activo actuó al producir el resultado típico, vendría a ser que -una vez establecido que la conducta es objetiva y subjetivamente típica- se debe dar apertura -necesariamente- al debate de si la conducta está justificada o no en función a estándares del ordenamiento jurídico en general, esto es, determinar si la conducta es antijurídica. En lugar de divagar absurdamente en la prueba de intencionalidades dentro del fuero de la tipicidad subjetiva, lo más apropiado será verificar o determinar si concurre una causa de justificación que sea capaz de eliminar el carácter antijurídico de la conducta del agente, dentro de la siguiente categoría del delito, como es la antijuridicidad. Por ejemplo, en vez de recurrir al *animus defendendi* (intención o ánimo de defensa) para anular el aludido *animus difamandi*, lo correcto sería invocar la causa de justificación consistente en el obrar en ejercicio legítimo de un derecho, en este caso, el derecho de defensa, donde se abrirá el debate sobre si el actuar se enmarca dentro del contenido jurídicamente protegido de tal derecho y si resulta justificado -previo juicio de ponderación- doblegar o soslayar el derecho al honor y a la buena reputación. Lo mismo

puede ser aplicable con respecto al *animus informandi* (ánimo o intención de informar), que puede ser analizado a partir de la causa de justificación como es el obrar bajo el ejercicio legítimo del derecho a la información; entre otros. Esto permite reemplazar el burdo análisis estrictamente subjetivo y de imposible probanza de los *animus*, por uno más adecuado -dogmáticamente- y de carácter objetivo.

Ahora bien, respecto a la segunda postura, que diferencia al dolo con el *animus* y considera a este último como un elemento subjetivo distinto al dolo, consecuentemente, comprende a los delitos contra el honor como tipos de tendencia interna, se le cuestiona -principalmente- el ir en contra del principio de legalidad penal (Peña, 2018), es decir, tanto la doctrina como la jurisprudencia que defienden esta tesis están yendo más allá de la construcción normativa de los tipos penales contra el honor al considerar exigible la acreditación del *animus iniuriandi/difamandi* para satisfacer los estándares de tipicidad subjetiva de los anotados delitos. Tal crítica tiene asidero y deviene en razonable, toda vez que, como bien se precisó al desarrollar la “teoría de los elementos subjetivos del injusto” el mismo Mezger sostenía que la exigibilidad de determinados especiales intenciones tienen carácter excepcional, por lo que, es labor del legislador determinar - por cuestiones de política criminal- cuándo y en qué tipos penales se justifica la presencia de tales elementos subjetivos, toda vez que, tal excepcionalidad radica en una visión radicalista de Derecho Penal de autor, por medio del cual se sancionaba a los que cometían delitos por sus características personales, reconociéndose cierta predisposición a delinquir por parte de las personas y, por tanto, se asumía que las conductas delictivas respondían siempre a intenciones o fines ilícitos que tenían que ser probados para así poder aplicar una sanción penal; lo cual, no ocurre en los delitos contra el honor, especialmente, en el de difamación agravada donde el legislador no ha previsto en la construcción típica del delito referencia alguna a elementos subjetivos distintos al dolo, así lo expresa Meini (2002):

(...) el delito de difamación no presenta en su redacción elemento subjetivo distinto del dolo alguno. No encuentro en el artículo 132 CP término, partícula o palabra que se refiera directa o indirectamente a un elemento subjetivo que no sea el dolo. No se ha descrito la conducta típica de la difamación utilizando las locuciones “para”, “con el objeto”, “con el propósito”, “en perjuicio”, “con el fin de”, “con una intención especial”, “con un ánimo específico”, etc. (párr. 10)

Es por eso que, hoy, la doctrina insiste en que para hablar de elementos subjetivos del tipo distintos al dolo, o sea, de tipos penales de tendencia interna ya sea trascendente

o intensificada, necesariamente se requiere del sustento legal, es decir, que sea el legislador quien defina qué tipos penales se justifica la prueba de finalidades o especiales intenciones. Así, Almanza (2022) al hacer referencia a tales elementos subjetivos, sostiene que: “en algunos tipos penales, **por exigencia del código sustantivo**, se requiere además de la existencia del dolo un elemento subjetivo adicional a este para su completa configuración típica. Estas son la tendencia interna trascendente y la tendencia interna intensificada” (p. 334). Por su parte Villavicencio (2006), respecto a la reserva de ley de los tipos de tendencia interna intensificada, afirma que:

(...) Se considera que es una infiltración de un Derecho Penal de ánimo, por lo que su uso debe ser restringido. Se trata de elementos tan imprecisos que pueden ser interpretados de diversa manera, de tal forma que su uso desmedido podría significar un serio peligro a la seguridad jurídica. (p. 376)

Meini (2014), en la misma línea, afirma enfáticamente que, “los elementos de tendencia intensificada han de estar previstos expresamente por la ley. En caso contrario, se modificaría el supuesto de hecho del tipo penal y se vulneraría el principio de legalidad” (p. 80); ello sucede, agrega el autor, cuando determinada jurisprudencia aduce que el tipo penal de homicidio exige un *animus necandi* o el tipo de violación de la libertad sexual un *animus lubricus*, cuando en el texto legal de ambos tipos no se advierte ninguno de los *animus* mencionados, es decir, elementos subjetivos diferentes al dolo. El mismo razonamiento aplicaría, en este caso, para los tipos penales contra el honor, donde no se aprecia en la composición típica de los mismos la exigibilidad de alguna intención o propósito especial perseguido por el agente del delito (por no ser considerado necesario o jurídicamente relevante para la perpetración del tipo).

Si bien, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia coexisten posiciones jurídicas divergentes sobre el tema en particular, empero, se puede rescatar -como se verá en el análisis casuístico reservado para el capítulo final de esta investigación- el Recurso de Nulidad N.º 449-2009/LIMA, del 9 de julio de 2009, caso José Paolo Guerrero González vs. Magaly Jesús Medina Vela, donde la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema resuelve la controversia sin recurrir -en lo absoluto- a la teoría de los *animus*, efectuando análisis de tipicidad objetiva sobre la base de filtros de imputación objetiva funcionalistas, y juicio de tipicidad subjetiva sustentada solo en el dolo, con especial énfasis en el dolo eventual. Sentencia que merece ser replicada para la resolución de cualquier caso relacionado al tipo penal de difamación agravada, dejándose de lado lo establecido también por la Corte Suprema en su más reciente jurisprudencia sobre el

particular, recaída en el Recurso de Nulidad N.^o 1880-2019/Lima, de fecha 15 de marzo de 2021, donde -contradicoriamente- se establece que, para dar por configurado el delito de difamación agravada, se requiere la prueba del *animus difamandi*, esto es, “que exista intención de vulnerar y maltratar el honor del querellante”.

Más allá de la crítica anotada referente a la vulneración del principio de legalidad, es decir, centrar la discusión en la existencia o no de regulación normativa del referido *animus* en los delitos contra el honor, también se puede sostener que el exigir la acreditación o prueba del *animus iniuriandi/difamandi* como elemento subjetivo adicional al dolo, primero, deviene en dogmáticamente incompatible con la naturaleza y política criminal de los tipos penales contra el honor, pues, al ser el honor consustancial a la dignidad humana no se puede relegar su protección penal a solo conductas que persigan lesionarlo intencionalmente, sino que, lo más apropiado es reconocer que se puede lesionar el honor sin tener intención alguna de hacerlo, siendo relevante la representación o conocimiento de la probabilidad del resultado típico y la asunción del mismo para considerar que dicha conducta cumple con los estándares de tipicidad subjetiva (dolo eventual como último nivel de análisis de imputación subjetiva); y, segundo, desde un punto de vista práctico o procesal, abre una grave brecha de impunidad en los casos donde se tenga por probado el dolo de la conducta pero no se haya logrado acreditar la especial intención de lesionar el honor o reputación de alguien, vaciándose de contenido (desprotegiéndose) el bien jurídico honor.

En cualquier caso (primera o segunda postura bajo crítica), no es legal, ni dogmática, ni político criminalmente correcto aludir o recurrir a la teoría de los *animus* para analizar la tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor, por lo que su uso solo debe ser excepcional y destinado a determinados tipos penales donde sí encuentre justificación jurídica y práctica (es el caso del delito de homicidio calificado, robo, hurto, fraude procesal, rebelión, entre otros). Vale volver a insistir en que estos y más argumentos se desarrollarán de forma profusa en el siguiente capítulo, donde, por supuesto, se expondrán no solo posiciones a favor o en contra, sino también, la posición jurídica de los investigadores, la cual ya ha sido adelantada en estas líneas.

5.6. Aplicación de los *animus* en el delito de difamación agravada en el Derecho comparado

La controvertida aplicación de los *animus* -o técnicamente conocidos como elementos subjetivos del tipo distintos al dolo- en los delitos contra el honor -

especialmente, en el delito de difamación agravada- es una realidad que no ha sido ajena a los sistemas jurídico-penales del extranjero, tanto de Europa como de latinoamérica.

Tal y como se verá a continuación, el avance del tiempo y, correspondientemente, del pensamiento dogmático penal ha dado lugar al progresivo y necesario abandono de la teoría de los *animus*, a través de modificaciones legislativas, incluso, en la variación de criterios de interpretación normativa propuestos por la doctrina con fuerte incidencia en la jurisprudencia (no del todo uniforme en determinados países), con el fin de alinear la resolución de casos penales sobre delitos contra el honor conforme a la política criminal de cada Estado extranjero y así otorgar debida tutela al bien jurídico en cuestión.

Vale precisar que solo se hará énfasis descriptivo y analítico en la tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor en el Derecho comparado, prestando especial atención al delito de difamación agravada (o al delito que haga sus veces) según la regulación normativa (bipartita, tripartita, etc.) de cada Estado, en aras de evitar desvíos o distracciones en cuestiones que no guardan relación con el objeto de investigación.

5.6.1. España

El código penal de España, promulgado mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, en vigencia desde el 24 de mayo de 1996, para la protección del bien jurídico honor ha apostado por una división bipartita de los delitos contra el honor, regulando normativamente los tipos penales de calumnia e injuria, previstos en los artículos 205 y 208 de dicho cuerpo normativo, respectivamente.

La injuria, en el primer párrafo del artículo 208 del código penal español, está prevista como “(...) la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”, mientras que, la calumnia, en el artículo 205 del mismo ordenamiento normativo, está regulada como “(...) la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

Si bien, en este país no se ha considerado la regulación del tipo de difamación, mucho menos, el de difamación agravada, sin embargo, las figuras delictivas previstas (injuria y calumnia) sí contienen supuestos en los que la conducta se agrava en - prácticamente- el mismo sentido que un caso de difamación aquí en el Perú. Si nos remitimos a los artículos 206 y 209 del código penal español, se verificará que tanto la calumnia como la injuria tienen una forma agravada consistente en la “propagación con publicidad”, esta circunstancia agravante es desarrollada por el artículo 211 de la siguiente forma: “la calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se

propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante”, en ambos casos, se aprecia que las anotadas modalidades delictivas se agravan por los medios empleados, toda vez que, la potencialidad (o eficacia) de los mismos para favorecer la denominada “propagación” pone en mayor peligro o incrementan la lesión del bien jurídico por la masificación del hecho.

Ahora bien, respecto a la tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor, que es el aspecto de interés aquí, sostiene De Pablo (2014) que, la posición dogmática penal ampliamente mayoritaria en España considera que:

(...) el tipo subjetivo del delito de injurias se colma con la presencia del dolo genérico, es decir, con los típicos elementos de conocimiento y volición en el sentido de querer y tener conocimiento de que están profiriendo palabras ofensivas o deshonrosas. Así, la tradicional exigencia de un *animus iniuriandi* como dolo específico del delito de injurias, acorde con la consideración de la injuria como un delito intencional, ha desaparecido. (p. 1039)

En la misma línea, Serrano (2012), refiriéndose a la tipicidad subjetiva del delito de injurias en España, señala que:

(...) es suficiente para que exista este delito con que el autor conozca que de su acción se derivan perjuicios para el honor ajeno y que quiera realizar tales injurias causando daño -o al menos que así lo acepte-; o con otras palabras, que exista dolo. (p. 282)

Sobre el particular, Gálvez et al. (2017), refiere que, en la doctrina española: “Existe una posición mayoritaria (...) que estima que ni la descripción legal ni del sentido del tipo de injuria se desprende la exigencia de *animus iniurandi* distinto del dolo típico” (p. 155). El mismo criterio se aplica para el delito de calumnia, pues, como bien precisa De Pablo (2014) “(...) el tipo subjetivo de ambas figuras coincide sustancialmente, tanto en las posturas y solución del debate sobre el *animus iniuriandi*, como en las alternativas de comisión dolosa (y no culposa) (...)" (p. 1096).

No obstante, a lo anterior, afirma De Pablo (2014) que, aún existe una posición minoritaria en la doctrina española (por ejemplo, Muñoz Conde) que insiste en considerar que tanto la injuria como la calumnia -en su composición típica subjetiva- precisan de un especial ánimo como elemento subjetivo del injusto diferente del dolo por trascender a él; criterio dogmático considerado desfasado y superado, pues, como bien sostiene el mismo autor:

(...) la exigencia de un especial ánimo de difamar como elemento subjetivo del tipo no es sino una herencia del pasado que permitía extraer dicha exigencia de la interpretación puramente gramatical de la partícula “en” (“en deshonra, descrédito y menospicio”), que ya no aparece en el tipo penal vigente, desapareciendo así cualquier eventual cobertura legal a dicha teoría, por más que todavía alguna jurisprudencia siga mencionando este elemento subjetivo para reforzar sus argumentos. (p. 1040)

Esto último afirmado resulta cierto, pues, si se revisa el artículo 457 del derogado código penal español de 1944, se regulaba a la injuria como “(...) toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menospicio de otra persona”, lo cual, en estricto respeto al principio de legalidad penal, justificaba -durante la vigencia del referido código- la exigencia tanto doctrinaria como jurisprudencial del *animus iniuriandi*. Refiere Gálvez et al. (2017) que, con la anterior legislación española, se podía negar la existencia del delito de injurias en los casos donde el autor querellado hubiere pretendido no lesionar el honor ajeno, sino solamente actuar con cualquiera de los siguientes *animus*: *criticandi* (criticar), *consulendi* (aconsejar), *corrigendi* (corregir), *iocandi* (bromejar), *defendendi* (defender), *informandi* (informar) o *narrandi* (narrar). Sin embargo, como bien sostiene Molina (2003), pese al aparente amparo legal de tal razonamiento, era inevitable advertir determinadas incongruencias:

(...) la exclusión de las injurias por esta vía resultaba incorrecta por dos razones, la primera porque nada impide que pese a la existencia de uno de estos ánimos (criticando, consulendi, etc), siga existiendo a la vez el de injuriar; y en segundo lugar, mediante el recurso a los elementos subjetivos como el ánimo de informar o criticar, se estaba encubriendo un problema de conflicto entre derechos que debe resolverse en el campo de la justificación. (p. 294)

Agrega, además, De Pablo (2014) que, con la anterior regulación no había lugar a la posibilidad de comisión del delito de injurias mediante dolo eventual, por ser absolutamente incompatible con el *animus*, situación que, debilitaba la protección del honor en tales circunstancias, pues la sanción penal solo estaba reducida a las conductas efectuadas con dolo directo. No es sino, a partir de la entrada en vigencia del código penal de 1995, que se le cerró el lugar al *animus iniuriandi* como elemento subjetivo del injusto añadido al dolo, favoreciéndose la persecución penal de conductas realizadas con dolo eventual.

Pese a lo esgrimido, en España aún se vive (aunque, relativa y mínimamente) la misma situación que Perú, respecto a la existencia de disonantes y disímiles pronunciamientos jurisprudenciales sobre la exigencia del *animus* en los delitos contra el honor. Por ejemplo, en una reciente sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de la Coruña, SAP C 3086/2022, de fecha 24 de noviembre de 2022, se sostiene -en su fundamento jurídico primero- que el delito de injurias entre sus elementos compositivos requiere de “(...) un elemento subjetivo, ‘animus injuriandi’, consistente en el propósito de ofender la dignidad personal, de menoscabar la fama ajena o de atentar contra la propia estima de otra persona”, pronunciamiento que no guarda relación con lo establecido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo con sede en Madrid, en la STS 2029/2022, de fecha 25 de mayo de 2022, fundamento de derecho tercero, donde si bien la resolución versa sobre el delito de calumnia resulta igualmente aplicable el criterio para el delito de injurias por su evidente relación jurídica, estableciéndose que en cuanto al tipo subjetivo: “(...) no es necesario un ánimo especial dirigido a la difamación del sujeto pasivo. La descripción típica actual configura el delito de calumnias como una infracción eminentemente dolosa, (...), sin necesidad de exigir un redoblado *animus difamandi* (...)”, este pronunciamiento se realizó al tenor del fundamento jurídico cuarto de la STS 1023/2012, de 12 de diciembre de 2012.

Aún frente a este panorama, lo que hay que destacar de los pronunciamientos del Tribunal Supremo español es la toma de posición explícita y enfática sobre el tema en cuestión, lo cual habría que replicar en el Perú, toda vez que, hasta la fecha, no existe pronunciamiento alguno de la Corte Suprema peruana donde se haga referencia precisa a la no necesidad de exigir la concurrencia y probanza del *animus iniuriandi/difamandi* por sus evidentes incongruencias dogmáticas, procesales y político-criminales; solo existe jurisprudencia en la que se hace una timorata mención a la intrascendencia del *animus* pero sin mayor relevancia para la resolución al caso concreto y, en el supuesto más optimista, existe jurisprudencia que -de forma implícita- resuelve los conflictos sobre difamación agravada con la sola aplicación del dolo como único elemento subjetivo del tipo, sin tomar posición o hacer referencia al *animus*.

5.6.2. Alemania

El código penal alemán (*Strafgesetzbuch - StGB*) del 15 de mayo de 1871, en su sección décimocuarta, prevé tres formas delictivas contra el honor: la injuria “*Beleidigung*” (artículo 185), difamación “*Verleumdung*” (artículo 186) y calumnia “*Üble Nachrede*” (artículo 187), entre otras modalidades especiales que parten de estas

tres básicas, como es el caso de la difamación y calumnia dirigidas en contra de personas de la vida pública.

Como quiera que el objetivo específico de esta investigación gira en torno al tipo subjetivo del delito de difamación agravada, nos concentraremos en analizar esta modalidad delictiva, sin perjuicio de poder hacer referencia a los demás tipos penales contra el honor siempre que sea necesario, por poseer cierta vinculación. En tal medida, se verifica, dentro del artículo 186 del código penal alemán, tanto una modalidad básica, como agravada, del tipo de difamación. La modalidad básica consiste en: “Quien en relación con otro afirme o difunda un hecho para hacerlo despreciable, o para desprestigiarlo ante la opinión pública, cuando este hecho no se prueba como cierto (...); mientras que, la modalidad agravada o cualificada se presenta: “(...) cuando el hecho haya sido cometido públicamente o por medio de la divulgación de publicaciones (...). El mismo código, en su artículo 11 inciso 3, considera como “publicaciones” a “(...) los soportes de sonido e imagen; los almacenamientos de datos; las reproducciones; y, otras representaciones en aquellos preceptos que remitan a este inciso”.

Respecto a la tipicidad subjetiva se maneja un mismo criterio para todos los tipos penales contra el honor, por lo que, tanto en la difamación como en la calumnia, se siguen las reglas del tipo de injuria donde el tipo subjetivo está solo definido por el dolo (conciencia y voluntad de realización del tipo objetivo), sin exigirse la acreditación de una especial intención injuriante o difamatoria por parte del sujeto agente. Así lo refiere De Pablo (2014)

(...) no se exige una auténtica intención difamatoria, sino simplemente que el hecho no se demuestre como verdadero y que el difamador sea consciente de que está afirmando o difundiendo un hecho difamatorio de la víctima ante una tercera persona, lo que queda comprendido bajo la fórmula del dolo eventual. La intención o propósito del difamador no juega ningún papel en la comisión de este delito (...). (pp. 397-398)

En el tipo de injuria, dice De Pablo (2014) parafraseando a jurista alemán Otto, no se exige el denominado “*Beleidigungsabsicht*”, es decir, un propósito específico o intención de injuriar, pues, en Alemania se ha establecido unánimemente -tanto en doctrina como en la jurisprudencia- que la conducta típica exige sola que el sujeto agente de la injuria actúe con conciencia de que está llevando a cabo una expresión que puede lesionar honor de su víctima, o sea, se exige únicamente el conocimiento que el contenido de lo expresado es objetivamente injurioso.

En el caso de la calumnia, el código penal alemán prevé una modalidad agravada que se asemeja a la regulada en el Perú, pues, el artículo 187 prevé la posibilidad de comisión del tipo penal de forma pública en una reunión o a través de difusión de publicaciones. El tipo básico de calumnia consiste en: “Quien contra su propia convicción, afirme o difunda un hecho no verdadero en relación con otro para hacerlo despreciable o para desprestigiarlo ante la opinión pública, o para poner en peligro su credibilidad”, mientras que la circunstancia agravante, a la letra, se presenta: “(...) cuando el hecho haya sido cometido públicamente en una reunión o por medio de la divulgación de publicaciones (...)”. En este tipo, como bien se expresó, “(...) no se exige ningún propósito difamatorio” (De Pablo, 2014, p. 405), solamente el dolo, pudiendo presentarse la acción por dolo directo, esto es, conciencia de la potencialidad o idoneidad de los hechos que afirma para dañar el honor ajeno y querer el resultado, así como también la comisión por dolo eventual, es decir, que el sujeto agente se represente la posibilidad de puesta en peligro del honor de la víctima y aún así lleve a cabo la conducta.

Lo destacable de la posición dogmática penal alemana sobre la tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor es que, pese a que la literalidad de los artículos 186 y 187, sobre difamación y calumnia, respectivamente, hagan referencia a una presunta finalidad de la conducta consistente -en ambos casos- en “(...) para hacerlo despreciable, o para desprestigiarlo ante la opinión pública (...)” y en la calumnia -además de las anteriores-: “(...) para poner en peligro su credibilidad”, esto, a entender de los alemanes, no equivaldría (por las consideraciones desarrolladas anteriormente) al *animus difamandi*. Consideramos acertada la solución alemana para dirimir los conflictos que atañen al honor sin recurrir al *animus*, por ser una propuesta dogmática y político-criminalmente adecuada si se piensa en la debida protección del honor.

5.6.3. Austria

El código penal austriaco (“*Strafbare Handlungen gegen die Ehre*”), vigente desde el 3 de setiembre de 1803, en su sección decimocuarta, regula a los delitos contra el honor de forma tripartita: la difamación “*Üble Nachrede*” (art. 111); una figura delictiva distinta a la calumnia tradicional “*Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung*”, traducida como “reproche de una acción penal (delito) ya enjuiciado” (art. 113) y la injuria “*Beleidigung*” (art. 115); existiendo también modalidades delictivas derivadas de la injuria.

El artículo 111 del código penal de Austria, regula el tipo básico de difamación de la siguiente manera:

(...) Quien acusa a otro ante un tercero de un modo perceptible de una cualidad o actitud despectiva o de una conducta deshonrosa o de un comportamiento contrario a las buenas costumbres, siendo ello adecuado para hacerlo despreciable o desprestigiarlo ante la opinión pública (...).

El mismo artículo, en su segundo párrafo, prevé la única modalidad agravada del delito de difamación consistente en realizar la conducta difamatoria a través de una publicación impresa, en la radio o de cualquier otro medio o modo que haga accesible la información difamante al público en general.

En cuanto a la tipicidad subjetiva tanto de la difamación básica como agravada, Lambauer (como se citó en De Pablo, 2014), sostiene que:

(...) es suficiente con señalar que no se precisa ningún propósito injurioso en la actuación del difamador (como sí exigía la regulación penal derogada); es, consiguientemente, un delito de dolo general (“*Vorsatzdelikt*”) en el que basta con que el autor comprenda, como un profano en la materia, que sus afirmaciones pueden causar lesión del honor ajeno, que poseen un carácter difamatorio y que se ajustan moderadamente al tipo penal (“*tatbestandmässig*”), lo que incluye la conciencia del ofensor de que profiere las difamaciones de un modo perceptible para terceros (conocimiento que con más razón se exige en el tipo penal de la difamación agravada del art. 111.2 StGB). (p. 440)

Se colige, entonces, que en Austria, al igual que en Alemania, tampoco se considera -doctrinaria y jurisprudencialmente- ninguna intención o propósito especial de ofender el honor ajeno (*animus iniuriandi* o *difamandi*) como elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, por lo que, la tipicidad subjetiva se satisface solamente con el dolo (el agente conoce y comprende que con sus expresiones puede lesionar el honor ajeno y decide realizar la conducta); lo cual implica que es admisible la comisión del tipo mediante dolo eventual. El mismo razonamiento es aplicable para los demás tipos contra el honor.

Un dato interesante de la regulación penal austriaca sobre el tipo de injuria (art. 115) es que, a diferencia de Perú, esta necesariamente debe realizarse de forma pública o frente a varias personas y puede tratarse de un insulto, una burla, maltrato corporal o amenaza de maltrato. En la regulación penal peruana, cada que se hace referencia a la posibilidad de difusión de la expresión (requisito de publicidad), automáticamente, se está en el fuero de la difamación, pero en Austria no ocurre así.

5.6.4. Portugal

El código penal portugués, del 23 de setiembre de 1982, en su libro II, título I, capítulo VI prevé a los delitos contra al honor (“*Dos crimes contra a honra*”) de forma tripartita: difamación “*difamação*” (art. 180), injuria “*injúria*” (art. 181) y calumnia “*calúnia*” (art. 183).

El tipo básico de difamación, regulado en el artículo 180 del código penal de Portugal, prevé: “Quien, dirigiéndose a un tercero, impute a otra persona, incluso en forma de sospecha, un hecho, o formule sobre él un juicio ofensivo a su honra o consideración, o reproduzca tal imputación o juicio (...); la modalidad agravada de este delito está prevista en el artículo 183, donde se establece que la pena se incrementará cuando: a) “El delito se comete por medios o circunstancias que faciliten su revelación”; b) “En el caso de la imputación de hechos, se compruebe que el agente sabía que la imputación era falsa” (calumnia) y c) ”Si el delito se comete a través de las redes sociales”.

Respecto a la tipicidad subjetiva de esta modalidad delictiva (aplicable también para la calumnia e injuria), la dogmática penal portuguesa establece que debe concurrir el dolo en cualquiera de sus niveles de graduación, ya sea, dolo directo o dolo eventual. Asimismo, sobre el controvertido “*animus difamandi*” a la fecha hay una posición definida:

Existe acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia portuguesas en torno a la no exigencia de un dolo específico en la conducta injuriosa, difamatoria o calumniosa, consistente en la especial voluntad de ofender el honor ajeno, sino que es bastante el dolo genérico, la conciencia de que la conducta puede provocar tal efecto lesivo. No es menos cierto que tal acuerdo se ha alcanzado de forma progresiva. Tiempo atrás la jurisprudencia y un sector de la doctrina sostenían opiniones opuestas a las actuales, entendiendo que el delito de difamación exigía la concurrencia de un ánimo específico de ofensa del honor ajeno. (De Pablo, 2014, p. 465)

Se logra verificar, a partir de lo señalado, que la polémica exigencia del *animus* en los delitos contra el honor ha sido pasible de superación con el pasar de los tiempos, pues, más allá de considerarla -hoy por hoy- desfasada, no es menos cierto que, en su momento y con el pensamiento dogmático penal que imperaba en aquellas épocas, tal elemento subjetivo del injusto mostraba cierto grado de coherencia y utilidad para la resolución de conflictos penales. Esto ocurría así en, prácticamente, la totalidad de países

que pertenecen a la cultura jurídica occidental, que vienen experimentado avances similares hacia nuevos y sugerentes planteamientos dogmáticos influenciados por el normativismo y el funcionalismo (De Pablo, 2014).

5.6.5. Italia

El código penal italiano “*codice penale*”, aprobado mediante Decreto Real N.º1398, de fecha 19 de octubre de 1930, sostiene De Pablo (2014), “(...) posee uno de los regímenes jurídicos de protección penal del honor más sencillos en el contexto de la cultura jurídica continental europea, al menos desde el punto de vista nominal y numérico de las figuras penales dispuestas a tal fin” (p. 473), y no pierde razón pues, prevé en su Título XII, capítulo segundo, una regulación única considerando solo al delito de difamación “*diffamazione*” (art. 595). El delito de injuria “*ingiuria*” se encontraba regulado en el artículo 594, sin embargo, fue derogado mediante Decreto Legislativo N.º 7, de fecha 15 de enero de 2016; mientras que, el delito de calumnia también es regulado por el ordenamiento penal italiano, pero no dentro de los delitos contra el honor.

Como bien se ha precisado, el artículo 595 del *codice penale* italiano, regula el delito de difamación. La modalidad básica de difamación se materializa cuando: “Cualquier persona, (...) al comunicarse con más personas, ofende la reputación de los demás”; el mismo tipo penal se va agravando conforme a determinadas circunstancias tales como: (i) “Si el delito consiste en la atribución de un hecho determinado (...); (ii) “Si el delito se comete a través de la prensa o cualquier otro medio medio de publicidad, o en acto público (...); y, (iii) “Si el delito se comete contra un motivo político, administrativo o sistema judicial, o a uno de sus representantes, o a una autoridad constituido en colegio (...”).

En cuanto a la tipicidad subjetiva de la difamación -ya sea básica o en cualquiera de sus modalidades agravadas- en Italia, a lo largo de los años, se ha vivido un debate consistente en la exigencia o bien de un dolo específico o de uno general. Pese a que, inicialmente, a partir de la teoría del fin antisocial, se consideraba necesario exigir un dolo específico y el *animus iniuriandi*, no obstante, “la evolución doctrinal y jurisprudencial experimentada en Italia, como en otros países de su entorno jurídico-cultural, ha revelado una tendencia favorable a la simple exigencia del dolo general (...)” (De Pablo, 2014, p. 491). Al respecto, agrega el propio De Pablo (2014) que:

(...) la doctrina especializada y de la jurisprudencia ha apoyado las tesis del dolo general en el delito de injurias, alegando, entre otros motivos, que si el legislador hubiera querido exigir la intención de lesionar el honor (el *animus iniuriandi*),

habría configurado el elemento subjetivo del delito como dolo específico, por lo que, en ausencia de tal actividad, el intérprete debe aplicar la noción general del dolo. (pp. 491-492)

Se aprecia, entonces, que tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana se han decantado por el argumento fuerza del principio de legalidad, dado que, el tipo penal de difamación (ni del derogado tipo de “*injuría*”) evidencian -en su literalidad- la necesidad de recurrir a algún elemento subjetivo distinto del dolo para satisfacer las exigencias de tipicidad subjetiva del delito, por lo que, bastará con la acreditación solo del dolo (directo o eventual) para tal propósito. En una jurisprudencia italiana, de fecha 11 de mayo de 1999, rescatada por De Pablo (2014), se puede verificar la posición antedicha en los siguientes términos: “en el ámbito de los delitos contra el honor, no se requiere la presencia de un *animus iniuriandi* o *diffamandi*, sino que es suficiente el dolo genérico, que puede asumir la forma de dolo eventual” (p. 492).

5.6.6. Bélgica

El código penal belga, del 8 de junio de 1867, en su libro II, título VIII, capítulo V, regula los denominados “delitos contra el honor o la consideración de las personas” “*des atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes*”, mediante cuatro modalidades delictivas: difamación (art. 443), calumnia (art. 443), *injuría* (art. 448) y divulgación maliciosa “*divulgation méchante*” (art. 449).

La regulación del tipo penal de difamación en Bélgica muestra una peculiaridad, toda vez que comparte la misma construcción típica de la calumnia, diferenciándose esta última de la difamación únicamente por la posibilidad legal de probar el hecho preciso imputado. El artículo 443 del código penal belga prevé lo siguiente:

Aquel que maliciosamente impute a otro un hecho preciso susceptible de atentar contra el honor de esta persona o de exponerla al desprecio público, y cuya prueba legal no sea aportada, es culpable de calumnia para el caso de que la ley admita la prueba del hecho imputado, y de difamación en el caso de que la ley no admita esta prueba.

De la revisión del código, no se aprecia alguna circunstancia especial que agrave la conducta difamatoria, bastando que el hecho se realice de forma pública, al tenor del artículo 444: “Ya sea en reuniones o lugares públicos”; “Ya sea en presencia de varias personas, en un lugar no público, pero abierto a una cierto número de personas que tienen derecho a reunirse o frecuentarlo”; “Ya sea en cualquier lugar, en presencia de la persona ofendida y delante de testigos”; “Ya sea mediante escritos, imágenes o emblemas

impresos o no impresos, distribuido o vendido, puesto a la venta o expuesto a la vista del público”; o, “finalmente por escritos no hechos públicos, pero dirigidos o comunicados a varias personas”.

Respecto a la tipicidad subjetiva tanto del delito de difamación como el de calumnia, se exige normativamente, a diferencia de los países antes desarrollados, una conducta con intención maliciosa “*méchamment*”; intencionalidad que, como refieren Picard y d’Hoffschmidt (como se citó en De Pablo, 2014), se encontraba “(...) ausente en el Código penal belga anterior (...)” (p. 544). Debido a que la ley penal prevé que el actuar debe ser malicioso, tanto la doctrina como la jurisprudencia belga se han decantado por considerar que el tipo requiere de un elemento subjetivo distinto al dolo, como es el *animus iniuriandi*, así se verifica en una jurisprudencia de la Corte de Lieja de Bélgica, rescatada por De Pablo (2014): “el autor debe haber actuado maliciosamente, es decir con la intención de lesionar a la persona calumniada o difamada, o de ofenderla; este dolo especial, este *animus iniuriandi* no se presume sino que debe ser probado por la parte perseguidora” (p. 545). En tal medida, agrega el mismo autor que:

No basta con un dolo general (actuación a sabiendas y voluntaria), sino que debe ser un dolo especial (intención específica de lesionar y de ofender), que no puede ser presumido pues ello contraría los principios generales del derecho, sino que debe ser acreditado por el acusador, disponiendo el acusado del derecho a presentar prueba en contrario. (p. 545)

Tan igual como ocurrió con el razonamiento de la dogmática penal italiana (pero a la inversa), en Bélgica se recurre a la teoría de los *animus* para satisfacer las exigencias del tipo subjetivo de la difamación y la calumnia, en mérito al principio de legalidad, ya que, gramaticalmente, el legislador ha previsto como político-criminalmente necesario exigir una especial intención maliciosa de ofender el honor ajeno por parte del sujeto agente, resultando insuficiente el dolo genérico. Posición con la que diferimos totalmente por las razones expuestas y reiteradas, pues más allá de guardar concordancia con su propia ley, resulta evidente que abre mucho paso a la impunidad y, consecuentemente, se desprotege de forma abrumadora el bien jurídico honor de los ofendidos respecto a conductas que no sean malintencionadas pero que sí posean entidad suficiente para ponerlo en peligro o lesionarlo.

5.6.7. Argentina

El código penal de la nación argentina, promulgado mediante Ley 11.179 de fecha 29 de octubre de 1921 y vigente a partir del 30 de abril de 1922, prevé una regulación

bipartita de los delitos contra el honor, considerando a: la calumnia (art. 109) y la injuria (art. 110). Estos tipos, en cualquier circunstancia, son sancionados por las penas previstas en sus modalidades básicas, lo que da a entender que no se ha previsto ninguna circunstancia agravada propiamente, debido a la homologación de la sanción penal, incluso, cuando la injuria o calumnia se hayan efectuado mediante la prensa.

El artículo 109 del código penal argentino, regula a la modalidad estándar de calumnia como una “(...) falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública (...)”; mientras que el artículo 110 regula a la injuria a través de la siguiente fórmula legal: “El que intencionalmente deshonrare o desacreditare a una persona física determinada (...)”. El artículo 114 prevé la posibilidad de sanción penal -bajo las mismas penas básicas- de las injurias y calumnias propagadas por medios de prensa (modalidad especial), de la siguiente forma: “Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la capital y territorios nacionales, sus autores quedaran sometidos a las sanciones del presente código (...)”.

Respecto a la tipicidad subjetiva de la calumnia y la injuria, en la dogmática penal argentina se han sentado marcadas diferencias a saber. En el caso de las calumnias se ha establecido que el tipo es eminentemente doloso y no resulta necesario hacer referencia a ningún tipo de *animus* para acreditar el tipo subjetivo, asimismo, que la forma dolosa admisible es solo la directa o de primer grado; así lo sostienen Aguirre y Osio (2013):

El tipo penal en comentario es sin duda doloso. Y aunque existen posturas diferentes al respecto, diremos que sólo acepta el dolo directo o de primer grado, puesto que en un entendimiento del dolo con contenido cognitivo -saber- y volitivo -querer-, abarcativo de todos los elementos objetivos de la figura en estudio, lo que incluye la falsedad de la imputación y su atribución específica a una persona determinada, no es posible concluir de otro modo. Por lo dicho, y al advertir que la figura penal tal como está legislada se nos aparece simétrica en los tipos objetivos y subjetivos, (...), poco importa si el agente tuvo o no el fin específico de deshonrar a la persona o no (se nos aparece difícil que pueda tener otro fin). Por ello, no habremos de ingresar en la discusión doctrinaria respecto a la exigencia o no de un *animus iniurandi* específico como elemento subjetivo distinto del dolo que torne asimétrica a la figura. (p. 12)

En el caso del tipo de injurias, los mismos autores refieren que el aspecto subjetivo también responde solo a la comisión por dolo directo, dada la literalidad del

dispositivo legal penal al regular el término “intencionalmente”, lo cual, de ninguna manera debe confundirse con el controvertido *animus iniuriandi* o intención específica de injuriar: “el delito de injurias es doloso, y de su literalidad surge que admite sólo el dolo directo, pues el legislador aclaró que las expresiones deber realizarse ‘intencionalmente’. Por ende, debe existir una intención en el autor, destinada a deshonrar y/o desacreditar” (Aguirre y Osio, 2013, p. 19).

Acerca de la anotada intención con la que debe actuar el sujeto agente, dice Molina (2010), esta responde a una de las modificaciones más importantes como parte de la reforma del código penal argentino en materia de delitos contra el honor, al incorporarse, mediante Ley 26.551 de fecha 18 de noviembre de 2009, la expresión “intencionalmente” que da lugar a un elemento subjetivo especial. Con la anterior regulación existía un debate doctrinario sobre si el tipo de injurias requería o no de un ánimo especial conocido como *animus iniuriandi*.

Algunos autores manifestaban que era necesario un elemento subjetivo especial para la configuración del delito: el denominado *animus iniuriandi*. Otros -la gran mayoría últimamente- sostenían que no hacía falta ningún ánimo especial, y que era suficiente con el dolo común. Para esta segunda opinión, podían considerarse delictivas todas las conductas realizadas aún con *animus corrigiendi*, *animus narrandi*, *animus iocandi*, etc. Lo cierto es que actualmente la reforma incorpora la expresión intencionalmente (...) Con ello, debemos decir que la figura solamente se consumaría ahora, cuando el autor tiene un dolo directo de injuriar. No se puede hacer otra interpretación con la reforma del art. 110. (Molina, 2010, p. 531)

Sobre la hoy cuestionable exigencia del *animus* en el delito de injurias, el connotado jurista argentino Bacigalupo (2002) afirma que: “(...) el que profiere expresiones que tienen objetivamente un sentido lesivo del honor y sabe que lo hace, queriéndolo habrá obrado con dolo. Para la supuesta ‘intención específica de injuriar’ no queda, por lo tanto, espacio alguno” (p. 67). Bastará, entonces, solo que el sujeto agente realice una conducta conociendo su potencialidad objetiva capaz de deshonrar o desacreditar el honor ajeno y que, además haya querido (intención) el resultado (dolo directo).

Se verifica que, la dogmática penal argentina descarta la posibilidad de recurrir a la teoría de los *animus* para llenar de contenido las exigencias de tipicidad subjetiva en los delitos contra el honor, sin embargo, la particularidad -ciertamente cuestionable y

controvertida- consistiría en la exclusiva posibilidad de comisión delictiva por dolo directo (también conocido como intención), no dando a lugar al dolo eventual. De lo cual se extrae que, el mensaje político criminal es que se sancionan solo y únicamente las conductas deliberadas, premeditadas e intencionales.

5.6.8. Chile

El código penal chileno, promulgado el 12 de noviembre de 1874 y vigente desde el 1 de marzo de 1875, al igual que España y Argentina prevé una regulación bipartita de los delitos contra el honor, considerando: la calumnia (art. 412) y la injuria (art. 416).

La calumnia está prevista por el artículo 412 del código en los siguientes términos: “Es calumnia la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio”; en el caso de la injuria, el artículo 416 prevé que: “Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menospicio de otra persona”. El tipo de injurias puede cometerse tanto de forma leve como grave (bajo los supuestos enumerados en el art. 417). Ambas modalidades delictivas se agravan cuando tanto la calumnia, como la injuria, se propagan por escrito y con publicidad (según los artículos 413 y 418, respectivamente); al respecto, el propio código en el artículo 422 detalla en qué circunstancias se considera la comisión de delitos contra el honor a través de “escrito y con publicidad”:

La calumnia y la injuria se reputan hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren por medio de carteles o pasquines fijados en los sitios públicos; por papeles impresos, no sujetos a la ley de imprenta, litografías, grabados o manuscritos comunicados a más de cinco personas, o por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones reproducidos por medio de la litografía, el grabado, la fotografía u otro procedimiento cualquiera.

Al no estar regulado el tipo de difamación por el código penal chileno, se opta por analizar la tipicidad subjetiva del tipo penal de injuria.

La dogmática jurídico penal chilena respecto a la tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor, especialmente, en el delito de injuria, se decanta por reconocer al *animus iniuriandi* como un elemento subjetivo especial del tipo. Esto, a razón de una cuestión normativa, pues, a partir de una interpretación gramatical del artículo 416, que establece que, injurias son todas las expresiones proferidas o acciones ejecutadas “en deshonra, descrédito o menospicio de otra persona”, el uso del término “en” marca el derrotero para el análisis de la tipicidad subjetiva del tipo, a entender de la doctrina y jurisprudencia

chilena consolidada, dado que, evidencia la necesidad de verificarse un propósito o intención especial de atentar contra el honor ajeno por parte del sujeto agente.

Sobre el *animus iniuriandi* en el delito de injuria, el chileno Viollier (2021) sostiene que:

(...) la evolución de la doctrina y la jurisprudencia ha añadido un (...) requisito (...) de carácter subjetivo, al interpretar que la preposición “en” entre los términos ejecutada y deshonra implica la existencia de un ánimo de injuriar por parte del perpetrador, el que ha sido denominado como *animus iniuriandi*. De esta forma, en ausencia de este ánimo de dañar a la persona aludida, no es posible que se configure el delito de injuria. (p. 309)

La doctrina chilena define al *animus iniuriandi* como “una voluntad de causar un daño al ofendido, diverso al dolo, que involucra el conocimiento que la acción o expresión es objetivamente agraviante para la víctima” (Garrido, 1998, p. 203).

Dentro de la jurisprudencia chilena, Viollier (2021) destaca el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Valdivia, recaído en el rol N.^o 276-2017, sentencia de fecha 25 de junio de 2017, en el que la corte “(...) señaló que el delito de injurias corresponde a un delito de tendencias” (p. 309), asimismo, definió al *animus iniuriandi* como “un dolo específico independiente del dolo directo, ya que esta animosidad tiene por finalidad carcomer la posición social de otras personas”. En adición a ello, la Corte Suprema de Chile, en su pronunciamiento recaído en el rol N.^o 28710-2003, considerando 16, sentencia de fecha 16 de mayo de 2005, sobre el *animus iniuriandi*, señala que: “(...) este requisito no es otra cosa sino el dolo de injuriar que, a causa de las peculiaridades del hecho típico, adopta una forma inusual, la cual, a causa de ello, origina equívocos o, cuando menos, dificultades hermenéuticas especiales”. Por lo que, se colige que el tipo de injurias solo podría ser cometido a través de dolo directo, no habiendo lugar para el dolo eventual.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Chile, en la sentencia recaída en el rol N.^o 28710-2003, considerando 16, también ha establecido que, una expresión que persigue como propósito o intención única de informar sobre determinada situación no puede considerarse como injuriosa, al sostener que “*el animus narrandi*, el ánimo de informar, excluye el *animus iniuriandi*”. En otra jurisprudencia chilena, provista por la Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 18 de diciembre de 2020, recaída en el rol N.^o 5735-2020, se verifica como en sede de apelación mediante recurso de nulidad se resuelve absolver una causa sobre injurias por inexistencia del *animus iniuriandi*:

Para la doctrina, los elementos que configuran el tipo penal son dos: un elemento objetivo y uno subjetivo. (...) El segundo elemento, de carácter subjetivo, está determinado por la finalidad de la expresión o la acción incurrida; la que debe estar dirigida con la intención de lesionar el honor y la dignidad de una persona. (...) este elemento, denominado *animus injuriandi*, consiste en “una voluntad de causar un daño al ofendido, diverso al dolo, que involucra el conocimiento que la acción o expresión es objetivamente agravante para la víctima”. (...) En la especie, para los efectos de imponer una sanción por los hechos configurados en la sentencia recurrida, es menester que se haya emitido una expresión o ejecutado una acción con el evidente propósito de deshonrar y desacreditar a una persona, en este caso a la querellante, situación que a juicio de estos sentenciadores no se advierte en el caso en análisis, por lo que resulta forzoso absolver a la imputada del delito materia de la querella formulada en su contra.

En palabras de Viollier (2021), este elemento subjetivo del tipo distinto al dolo permite al juez determinado margen de interpretación discrecional: “(...) de forma tal que expresiones legítimas no queden cubiertas por el tipo, ya que, aunque causen deshonra, descrédito o menosprecio en el afectado, no han sido proferidas con la intención de injuriar por parte del imputado” (p. 309). Lo afirmado parecería la razón político-criminal de la regulación normativa del *animus iniuriandi* en código penal chileno, respecto de la cual nos permitimos disentir en su totalidad, toda vez que, vacía clamorosamente de contenido al bien jurídico honor y lo coloca en una situación de indefensión por cuestiones subjetivas, circunstancia que no puede ser de recibo dentro de un Estado de Derecho donde la forma adecuada de limitar o restringir un derecho fundamental como el honor debería ser a través de un juicio ponderativo con otro derecho en controversia, realizable en el fuero de la antijuridicidad, verificando la existencia o no de alguna causa de justificación de la conducta. Esto permitiría una mejor lectura y mensaje a la población, pues, se establecería que cualquier conducta que ponga en peligro, incluso lesione, el honor o reputación ajenos, cumple con los estándares de tipicidad, pero podría estar justificado siempre que el ordenamiento jurídico en general lo permita bajo determinados supuestos.

5.6.9. Costa Rica

El código penal costarricense, promulgado el 4 de mayo de 1970, prevé una regulación tripartita de los delitos contra el honor, considerando: las injurias (art. 145), difamación (art. 146) y calumnia (art. 147).

Se logra verificar que el anotado código no prevé alguna modalidad agravada del tipo de difamación, por lo que, nos ceñiremos a lo esgrimido en el artículo 146, sobre la modalidad estándar de la difamación que sanciona a la persona que: (...) deshonrare a otro o propalare especies idóneas para afectar su reputación”. No obstante ello, el artículo 145, sobre el delito de injurias que sanciona a la persona que “(...) ofendiere de palabra o de hecho en su dignidad o decoro, a una persona, sea en su presencia, sea por medio de una comunicación dirigida a ella”, además, prevé una circunstancia agravante consistente en incremento de pena “(...) si la ofensa fuere inferida en público”.

Sobre la tipicidad subjetiva en el delito de difamación, aplicable a los demás tipos penales (sea injuria o calumnia), tanto la doctrina como la jurisprudencia costarricense convienen en abandonar la teoría de los *animus* por considerarla obsoleta y superada. Así se puede apreciar en la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, recaída en la resolución N.^o 2002-0226, de fecha 15 de marzo de 2002:

(...) El tipo penal de la difamación no exige la existencia del ánimus especial para su configuración, pues basta el conocimiento puro y simple para completar el elemento subjetivo del tipo, pues la exigencia del ánimus en el sujeto activo, es parte de una doctrina un tanto abandonada sobre la cual ha ahonda también el tribunal de casación.

Otra jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, recaída en la resolución N.^o 2000-363, de fecha 12 de mayo de 2000, también marca posición sobre la obsolescencia del *animus iniuriandi* y de la teoría de los *animus* en los delitos contra el honor, además, precisa -de forma acertada- la adecuada forma de entender al denominado “*animus defendendi*” pasible de ser analizado en el fuero de la antijuridicidad (como cualquier otro *animus* compatible con alguna causa de justificación), en los siguientes términos:

En realidad la mención del *animus iniuriandi* no es correcta, ya que el *animus iniuriandi* no es sino el conocimiento del carácter ofensivo de las palabras que se profieren y la voluntad de pronunciarlas. De acuerdo con ello el *animus iniuriandi* se identifica con el dolo de cometer el delito. La teoría de los *animus* está ya superada a nivel doctrinal y jurisprudencial, habiendo ella hecho referencia a la existencia de diversos *animus*, entre ellos el *defendendi*, que excluirían el *animus iniuriandi* (...). En realidad, el *animus defendendi* con respecto a lo que está relacionado es propiamente con la causa de justificación de ejercicio de un derecho, contemplada en los Arts. 25 y 151 del Código Penal. Lo que se requiere

es que se actúe objetivamente en una situación de ejercicio de un derecho y que subjetivamente se tenga conocimiento de actuar en dicha situación.

5.7. Exigencia jurisprudencial del *animus difamandi* y su incompatibilidad con el principio de legalidad penal

Si bien se ha venido sosteniendo que, la exigencia jurisprudencial del *animus difamandi* -ya sea como elemento subjetivo distinto al dolo o como homólogo a este último- es manifiestamente vulneratoria al principio de legalidad penal, sin embargo, resulta conveniente desarrollar aspectos relevantes sobre el contenido y alcance de tal principio y establecer en qué sentido se ve vulnerado cuando la jurisprudencia penal (valiéndose de determinadas posturas doctrinarias nacionales o extranjeras) realiza hermética jurídica respecto a la tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor, fundamentalmente, respecto al delito de difamación agravada.

Asimismo, es trascendental precisar cuál es el rol que cumple la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico penal, así como también, establecer cuáles son sus límites, dado que, como se verá, esta se encuentra subordinada a la ley (principio de legalidad) como principal fuente del Derecho Penal peruano.

5.7.1. El principio de legalidad en el Derecho Penal peruano

En el sistema jurídico penal peruano el principio de legalidad es entendido, principalmente, a partir de dos perspectivas; la primera, como límite material o garantía frente al poder de punición Estatal; y la segunda, como fuente del Derecho Penal, consecuentemente, principio que asienta la política criminal del Estado.

En cualquier caso, el contenido, reconocimiento y regulación del principio de legalidad es -en esencia- el mismo, pues, la Constitución, los Tratados Internacionales y la propia ley (Código Penal) así lo evidencian.

a. Como límite material o garantía penal frente al poder punitivo del Estado.

En materia penal existe un catálogo de garantías que operan como límites materiales del poder punitivo del Estado, dentro del cual, encontramos al principio de legalidad que es considerado el principal o más importante de todos, por ser propio o consustancial al Estado de Derecho.

Este principio se encarna en la ley penal, toda vez que, “(...) limita el ejercicio del poder penal exclusivamente a las acciones u omisiones previstas en la ley como infracciones punibles: *nullum crimen, nulla poena sine lege*” (Villavicencio, 2006, p. 90).

El profesor Villavicencio (2006), sostiene -en adición- que, “el principio de legalidad se precisa, clarifica y fortalece a través del tipo penal”; pero, ¿qué se entiende por tipo penal?, este es una “fórmula sintética que expresa el conjunto de límites que surgen del principio de legalidad para circunscribir con absoluta precisión la conducta prohibida o mandada respecto de la cual está enlazado el ejercicio del poder punitivo” (Binder, 2004, p. 133). En tal medida, como bien arguye Meini (2002):

(...) es en sede de tipicidad en donde se plasma el principio de legalidad de la ley penal, en el sentido de que solo las conductas que se encuentran prohibidas a título de delitos pueden ser merecedoras de sanción penal. Por eso, solo cuando el sujeto realice todos los elementos que componen la conducta prohibida podrá ser sancionado. (párr. 14)

Se afirma que este principio es -en esencia- garantista porque Estado debe determinar con especificidad el contenido y fundamento de su intervención sobre cualquier ciudadano a través del señalamiento del hecho punible y de la pena en la ley penal. Esto significa que, solo la ley (Código Penal y leyes especiales) establece qué conductas son delitos o faltas, y cuáles son las consecuencias jurídicas aplicables a los mismos.

Este principio se encuentra reconocido en la Constitución peruana de la siguiente manera: “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” (Congreso Constituyente Democrático, 1993, art. 2, inc. 24, literal d.); lo correspondiente también se encuentra previsto en el Título Preliminar del Código Penal que, a la letra establece: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella” (Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, 1991, art. II).

Los Tratados Internacionales también reparan en reconocer al principio de legalidad como una garantía fundamental, es el caso del artículo 11 inciso 2 de la DUDH (1948), el artículo 15 inciso 1 del PIDCP (1966) y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

b. Como fuente del Derecho Penal y principio político criminal del Estado de Derecho.

El principio de legalidad, además de ser concebido como límite formal del poder de punición del Estado, es también fuente del Derecho Penal, y no cualquier fuente, sino

la más importante. De ese parecer es Villavicencio (2006), quien afirma que, “la fuente principal del Derecho Penal es la ley” (p. 133).

A partir de la visión garantista del principio de legalidad, consistente en que el poder penal se limita a lo señalado en la ley, se desprende que la única fuente a donde se tiene que recurrir para saber qué conductas deben ser reprimidas con penas por ser consideradas delitos o faltas es la ley penal.

Cuando la Constitución hace referencia a la “ley” al definir el principio de legalidad, “(...) se refiere a las disposiciones jurídicas emanadas de los órganos del Estado que tienen funciones legislativas. Comprende a la Ley elaborada como acto político del Poder Legislativo y también los Decretos Legislativos emanados del Poder Ejecutivo (...)” (Villavicencio, 2006, p. 135), ello según las reglas previstas en los artículos 103 y 104 de la misma norma fundamental. Entonces, se entiende que, quienes únicamente tienen función legislativa -por mandato constitucional- son el Poder Legislativo o Congreso y, excepcionalmente por delegación de facultades de este último, el Poder Ejecutivo; mientras que, al Poder Judicial le corresponde la potestad de administrar justicia (conforme al art. 138 de la Constitución). Esta construcción constitucional, refiere Arroyo (1983), tiene su basamento en el origen del Estado liberal de Derecho a partir de la filosofía del contrato social que tuvo inspiración en la “doctrina contractualista” expuesta por el jurista italiano Cesare Beccaria, doctrina fundada en el pacto social de Rousseau y en el principio de división de poderes postulada por John Locke pero desarrollado por Montesquieu. Esta filosofía se caracteriza por el imperio de la ley y supremacía del Poder Legislativo (soberanía popular) respecto de los demás poderes del Estado, pues, opera como una garantía política para los ciudadanos dentro de la sociedad. A partir de ello, el mismo autor, establece que, “el principio de legalidad penal aparece como plasmación de la idea de Estado de derecho, que se concreta en la exigencia de reserva de la materia penal para el poder legislativo (reserva de ley)” (Arroyo, 1983, p. 12).

En ese orden de ideas, el principio de legalidad material, como principio político-criminal, incide tanto en el plano político como en el dogmático; el primero se manifiesta en la potestad exclusiva del Poder Legislativo para definir qué conductas pasan a constituir un tipo penal y qué personas son susceptibles de ser criminalizadas (...). En tal virtud, el órgano jurisdiccional en un Estado de derecho es únicamente el aplicador de la ley penal al caso concreto (...). En el plano dogmático significa que la interpretación de la norma penal debe condecirse con

el ámbito estricto de la legalidad, de conformidad con una orientación axiológica y teleológica, tomando como base los fines del Derecho Penal: la efectiva protección preventiva de bienes jurídicos penalmente tutelados (...). (Peña, 2018, pp. 37-38)

En doctrina se desarrollan cuatro subgarantías que construyen el contenido del principio de legalidad y cominan a tanto los agentes de criminalización primaria (legisladores), como a los de criminalización secundaria (operadores de justicia o aplicadores de la ley): i) la primera garantía es la denominada “*nullum crimen sine lege certa*”, la cual establece que, por el principio de legalidad, los legisladores tienen la obligación de formular la descripción de los delitos y faltas de la forma más precisa o exacta posible; ii) la segunda garantía es “*nullum crimen sine lege previa*”, lo que significa que las leyes penales no tienen efecto retroactivo (salvo en los casos que favorezca al reo -retroactividad benigna-), por lo que su regulación siempre es previa al hecho que se pretende sancionar; iii) la tercera garantía es “*nullum crimen sine lege scripta*”, lo que significa que toda imputación penal y su respectiva condena se debe fundamentar en la ley penal positivizada o escrita (Código Penal y leyes especiales), mas no en la costumbre, jurisprudencia y los principios generales del Derecho; iv) finalmente, la cuarta y última garantía es “*nullum crimen sine lege stricta*” también denominada “prohibición de analogía”, que implica no ampliar o extender los efectos de la ley penal escrita en perjuicio del procesado inculpado (Villavicencio, 2006).

El principio de legalidad dice Peña (2018), “(...) constituye un mandato obligado en las funciones legislativas de los parlamentarios y en la misión interpretativa y aplicativa de la ley por parte de los órganos jurisdiccionales” (p. 25), por ese motivo, opera como base fundamental de la libertad en la sociedad y como baluarte del principio de seguridad jurídica, según los mandatos estructurales de todo Estado Constitucional de Derecho. El mismo autor agrega que, el legislador, por tanto, debe evitar -principalmente- generar espacios de acriminación por descripciones típicas confusas y ambiguas (*nullum crimen sine lege certa*); mientras que, el juzgador, por su lado, está impedido de añadir supuestos de hecho dentro del tipo penal que no se hale comprendido en su construcción normativa (*nullum crimen sine lege scripta*).

Pese a lo anotado, debido a la cuestionable técnica legislativa del Congreso y del propio Ejecutivo, en nuestra legislación penal se advierten fórmulas conceptualmente ambiguas y oscuras que lo único que han generado es la relativización del principio de legalidad, al favorecer un amplio margen de discrecionalidad de interpretación por parte

de los operadores de justicia, abriéndole espacio a la jurisprudencia como fuente de producción derivada de Derecho Penal, para encargarse de clarificar la ley penal mediante criterios interpretativos (hermenéutica jurídica); no obstante, esto último, se ha convertido en un arma de doble filo, dado que, en determinados casos, la interpretación normativa “discrecional” por parte de los operadores de justicia se ha mostrado arbitraria, excesiva y antojadiza, por extralimitar los alcances de la ley, incluso, cuanto esta no evidencia ambigüedades -es el caso de la tipicidad subjetiva en los delitos contra el honor-, lo cual está totalmente proscrito, debido a que, la jurisprudencia se halla siempre subordinada al principio de legalidad penal, tal y como se verá en adelante.

5.7.2. *La jurisprudencia en el Derecho Penal peruano*

En principio, el que la jurisprudencia sea considerada fuente del Derecho en nuestro sistema jurídico responde a una evolución de nuestra cultura jurídica, así lo expresa el profesor Aguilera (2017), quien refiere que, “así como cambia la cultura de los países, igualmente -y con mayor razón- cambia el ámbito de la cultura jurídica”, él sostiene ello sustentándose en que, la llegada de la jurisprudencia como fuente importante del Derecho peruano se viene desarrollando recién desde finales del siglo XX, dado que, resulta una institución jurídica que no ha tenido un tratamiento superlativo aquí en el Perú por ser un país que pertenece al *civil law*, como sí ha ocurrido en la cultura norteamericana e inglesa perteneciente al *common law* donde la jurisprudencia es, verdaderamente, el Derecho. Antes, se tenía como principal fuente a la Ley, la segunda fuente era la doctrina (pensamiento y aporte de los grandes juristas), hasta la costumbre, por ser el Perú un país pluricultural. El desarrollo y posicionamiento de la jurisprudencia como fuente del Derecho -adiciona el mismo autor Aguilera (2017)- se debe a varios factores: responde al fenómeno de la constitucionalización del Derecho, como también a la inercia tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo, de manera tal que, hoy, se puede tener jurisprudencia que establece verdaderas políticas públicas, como también aquella que hace desarrollo legislativo (que, en estricto sentido, no corresponde a ningún órgano jurisdiccional), llegando a relativizarse el principio de legalidad en muchos casos.

La jurisprudencia es tradicionalmente entendida como el “(...) conjunto de resoluciones o sentencias expedidas por los tribunales de justicia” (Villavicencio, 2006, p. 145), no obstante, Aguilera (2017), expresa que para poder hablar de jurisprudencia tienen que concurrir dos requisitos fundamentales: el primero de ellos, consiste en que tiene que ser expedida a partir de un caso concreto y por las más altas cortes (en el caso peruano, el Tribunal Constitucional en la justicia constitucional y Corte Suprema en la

justicia ordinaria); y el segundo requisito, consiste en que, el fallo genere un línea a seguir de manera frecuente y en el mismo sentido. En tal medida, esta puede ser estudiada a partir de un enfoque amplio y estricto, en el primer caso, la jurisprudencia se conforma por los fallos de los tribunales del Poder Judicial, mientras que, en el segundo caso, se entiende a la jurisprudencia a partir de la forma en que los jueces interpretan y aplican la ley penal para administrar justicia en los casos concretos (Villavicencio, 2006).

a. Como fuente derivada del Derecho Penal y su importancia en el sistema jurídico.

Se afirma que la jurisprudencia es fuente de producción derivada del Derecho Penal, dado que, si bien esta no puede crear tipos penales y penas (por reserva de ley penal), así lo sostiene Bustos (1991): “(...) la jurisprudencia es solo fuente de producción derivada (...) y, por tanto, está subordinada a la ley (...)” (p. 79); sin embargo, aquella “(...) cumple una función complementadora y de apoyo a la interpretación” (Villavicencio, 2006, p. 145); esto es así debido a que, toda ley, para ser aplicada en la realidad social, necesita ser previamente interpretada, determinando su sentido y alcance.

Vale decir que, la jurisprudencia, con el paso del tiempo, ha venido tomando lugar en nuestro sistema penal, el cual -pese a tener fuerte arraigo en el sistema romano-germánico donde impera la ley- se ha visto doblegado y obligado a tomar nuevos horizontes, dada la notoria necesidad de interpretar y aplicar adecuadamente las normas jurídicas, tarea encomendada a los jueces. Pese a la evidente crisis del principio de legalidad penal, dice Peña (2018), “(...) la jurisprudencia no puede ser, al menos en el campo del Derecho Penal, fuente de producción formal, sino que la jurisprudencia debe ser fuente de información para todos los operadores jurídicos para una aplicación -racional- de la norma penal” (p. 55).

En esa línea de ideas, se puede sostener que jurisprudencia penal cumple un rol de complementariedad, integración y valoración normativa relevante, pues, interviene aportando criterios hermenéutico jurídicos cuando la ley penal se presenta -frente a los intérpretes- de manera oscura, con contradicciones, imprecisiones o, incluso, con conceptos jurídicos demasiado técnicos (como el “hurto”, por ejemplo), a fin de determinarse el razonable sentido y alcance de la misma, para aplicarse al caso que se pretende resolver.

b. Crítica: ¿la interpretación normativa de los tribunales es fuente creadora de derecho?

Sobre si la jurisprudencia a través de la interpretación normativa de los tribunales es fuente creadora de derecho en el Derecho Penal, se tiene una posición delimitada debido a su naturaleza como fuente de producción derivada, por lo que, se acepta que sí crea Derecho, pero no formalmente, sino de manera relativa al desarrollar el contenido de la ley con criterios interpretativos, pero siempre enmarcada en los límites legalidad.

El profesor Villavicencio (2006) afirma que, la jurisprudencia “como fuente de producción derivada, (...) no solo interpreta la ley sino que crea Derecho” (p. 145); realiza tal afirmación sustentándose en que ello “(...) ocurre cuando llena de contenido a los conceptos ‘violencia contra la persona’ (artículo 188, Código penal), ‘culpa’ (artículo 111, Código penal), ‘grave amenaza’ (artículo 170, Código penal), etc.” (Villavicencio, 2006, p. 145). Agrega que, los criterios adoptados por la jurisprudencia resultan solo de probable aplicación, incluso, pueden ser cambiados por el tribunal. Sin perjuicio de lo anterior, el mismo autor reconoce que la jurisprudencia está siempre subordinada a la ley.

Peña (2018), refiere que, pese a que, por el principio de legalidad se exija que la ley responda a los mandatos de certeza y claridad, se dan ocasiones frecuentes donde los tipos penales se construyen a través de fórmulas legales abultadas de imprecisión, ambigüedad y abstracción, por lo que la jurisprudencia se presenta como solución viable y necesaria para clarificar el contenido normativo, ajustándola a la realidad social.

(...) desconocer que la jurisprudencia es una fuente del Derecho Penal, a efectos interpretativos, es tan absurdo como pretender que no existan criterios uniformes de interpretación del Derecho Penal. Siendo así, no que más que afirmar la enorme importancia que tiene la jurisprudencia penal en el marco del Estado social y democrático de derecho, debiendo sostenerse que de cierta manera constituye una forma solapada de crear derecho. (Peña, 2018, p. 42)

Ahora bien, pese a lo anotado, como bien refiere Peña (2018) “(...) no se puede legitimar criterios de interpretación normativa que no se condicen con el texto literal de la ley. La interpretación normativa no puede, de ningún modo, desbordar el tenor literal de la ley (...)” (p. 42), lo cual es cierto, pues, de ocurrir se estaría dando lugar a una especie de “creación judicial del Derecho Penal”, proscrito por nuestra constitución.

5.7.3. El principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales: necesidad de uniformizar los criterios jurisprudenciales en aras de seguridad jurídica

Deviene en necesario, también, desarrollar aspectos básicos sobre el principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales, toda vez que, como bien se ha expuesto, existen divergentes criterios jurisprudenciales de las Salas Penales de la Corte Suprema respecto a cuestiones de tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor, especialmente, en el delito de difamación agravada, lo cual, en lugar de fortalecer la seguridad jurídica, va en desmedro de la política criminal dirigida a proteger el bien jurídico honor de todos los justiciables.

Refiere Paredes (2008) que, el principio de predictibilidad tiene origen en el sistema del *Common Law* o Derecho anglosajón; es también conocido como principio de seguridad jurídica o principio de certeza.

A entender de Téllez (2014) el sustento o fundamento principal sobre el cual reposa o se construye el principio de predictabilidad es el derecho a la igualdad regulado en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución, lo cual implica (en palabras de la autora): “(...) que todo ciudadano que solicite tutela jurisdiccional efectiva -en igual condición a otro, sobre el mismo derecho y bajo los mismos supuestos fácticos- tenga derecho a una resolución final que se pronuncie en igual sentido al de su semejante” (p. 2).

El TC, en la *Sentencia del Exp. N.º 03950-2012-PA/TC*, se ha pronunciado sobre el sentido y alcance del principio bajo desarrollo, haciendo determinadas precisiones como el reconocimiento de su carácter implícito en la Constitución, en los siguientes términos:

El principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales en cuanto que manifestación del principio de seguridad jurídica implica la exigencia de coherencia de criterio de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho, salvo justificada y razonable diferenciación. Así, la finalidad de esta exigencia funcional no es otra que la contribución en la fundamentación del orden constitucional y el aseguramiento de la realización de los derechos fundamentales. Si bien, el principio constitucional de seguridad jurídica no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución, ello no ha impedido a este Tribunal reconocer en él a un principio constitucional implícito que se deriva del Estado constitucional de derecho (artículos 3º y 4.3 de la Constitución) (...). (TC, 2014, f. j. 7)

En el fundamento jurídico noveno de la misma sentencia, el TC advierte que el principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales se ve afectado (tan igual que el derecho a la igualdad) cuando al momento de aplicar el derecho se generan dos o más interpretaciones disímiles del ordenamiento jurídico que, a entender del colegiado, en determinados casos son “forzadas, distorsionadas y antojadizas”. En tal circunstancia, agrega el tribunal que, quien ostente la competencia para reparar dicha afectación está llamado u obligado a hacerlo. Ahora bien, vale precisar que, si bien el TC en dicha sentencia resuelve un caso que -en el fondo- versa sobre cuestiones constitucionales, no obstante, ello no quiere decir que el fundamento expuesto no sea aplicable para las distintas ramas del Derecho, como la penal, por ejemplo, pues, como resulta evidente, el principio de predictibilidad tiene carácter transversal por ser manifestación del derecho a la igualdad. En tal sentido, si el TC, en sede constitucional, es el llamado a solucionar las afectaciones a tal principio; en los procesos penales corresponderá a la Corte Suprema (y sus distintas salas penales) como el máximo órgano de administración de justicia ordinaria, la tarea de unificar los criterios jurisprudenciales advertidos como divergentes y contradictorios sobre la exigencia del *animus difamandi* en el delito de difamación agravada, con mayor razón si es la responsable de la emisión de los mismos a través de los denominados Recursos de Nulidad (según el derogado Código de Procedimientos Penales de 1940).

Es por ello que, el Poder Judicial (en adelante. “PJ”) dentro de su “Plan Estratégico Institucional del Poder Judicial para el periodo 2021-2030”, aprobado mediante Resolución Administrativa N.º 0136-2021-P-PJ, de fecha 17 de febrero de 2021, ha incluido como lineamiento del Objetivo N.º 1 de su Declaración de Política Institucional, el “garantizar la predictibilidad en la administración de justicia, estableciendo mecanismos que mejoren, tanto el desarrollo de una sólida jurisprudencia, como su efectiva comunicación a todos los magistrados”. Asimismo, en el mismo plan se ha identificado -a través de una encuesta- que dicha predictibilidad se ve afectada: a) por “la existencia de sentencias contradictorias en casos similares; b) porque “la Corte Suprema no asume el rol de generar y uniformizar la jurisprudencia vinculante; c) porque existe “la necesidad de actualizar y difundir oportunamente la jurisprudencia vinculante”; d) por “la falta de capacitación de los magistrados en la jurisprudencia vinculante actualizada; entre otros. Es a partir del lineamiento expuesto que, la presidencia del PJ al motivar sus resoluciones administrativas para aprobar la realización de Plenos Jurisdiccionales Supremos en todos los considerandos primeros, afirma que: “es política

institucional del Poder Judicial promover la predictibilidad de las resoluciones judiciales y generar jurisprudencia vinculante uniforme, en especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, a fin de coadyuvar al funcionamiento eficiente del servicio de justicia”; ello es posible verificarlo en la Resolución Administrativa N.º 000293-2023-P-PJ, la más reciente emitida por el PJ.

En atención a lo expuesto, la predictibilidad judicial -como refiere Paredes (2008)- es importante (para cualquier rama o especialidad del Derecho), dado que: a) permite lograr -fundamentalmente- seguridad jurídica; b) sirve como un mecanismo para eliminar la corrupción; c) favorece la descarga procesal; d) contribuye en la celeridad de la Administración de Justicia; e) garantiza el derecho a la igualdad; f) genera confianza y credibilidad en el Poder Judicial por parte de los justiciables y la sociedad en general. Concluyendo, entonces, se puede sostener que:

La “predictibilidad” constituye uno de los principales retos de cualquier sistema judicial, su presencia es una manifestación del derecho a la igualdad y muestra de seguridad jurídica. De otro lado, la predictibilidad judicial no solo se manifiesta en beneficio de los justiciables, sino también del propio sistema, proporcionando celeridad en la impartición de justicia y por ende la descarga procesal, creando confianza y credibilidad en el Poder Judicial y también como mecanismo de control de la facultad discrecional del juez, dejando al margen rasgos de corrupción. (Téllez, 2014, p. 1)

CAPÍTULO III

**APLICACIÓN DEL DOLO EVENTUAL FRENTE A LA TEORÍA DE LOS
ANIMUS EN EL DELITO DE DIFAMACIÓN AGRAVADA DESDE UN
ENFOQUE FUNCIONALISTA**

CAPÍTULO III

Aplicación del dolo eventual frente a la teoría de los *animus* en el delito de difamación agravada desde un enfoque funcionalista

1. Análisis transversal de la aplicación de la teoría de los *animus* en el delito de difamación agravada

Resulta de la aplicación de la teoría de los *animus*, diversos problemas a nivel jurisprudencial, que no asientan un criterio unitario – podemos decir –, a razón de la disparidad de pronunciamientos frente a la exigencia del ya mencionado elemento distinto al dolo “*animus*”. Esto implica una necesaria crítica, la cual subyace desde una mira a la estructura del delito de difamación. En los niveles de imputación jurídico penal o los llamados filtros de imputación según refiere Almanza (2010), que ya hemos mencionado en un capítulo previo: a) tipicidad, b) antijuricidad y c) culpabilidad (este último de poca incidencia para los fines de la presente investigación).

La exigencia dentro del primer filtro, en su fase subjetiva, fija la mira hacia el dolo, el cual respeta el principio de legalidad, que a nuestro parecer – caracteriza la practicidad del derecho –, más que por una suerte de distinción, delinea un orden necesario para el sistema jurídico penal. La descripción del tipo, *prima facie*, no incluye de plano a otros elementos o subcategorías, claro está; no obstante, no ha limitado el proceder de los órganos jurisdiccionales a requerir únicamente el dolo, sino tradicionalmente un elemento subjetivo distinto al dolo como lo es el *animus*, categorizando al delito de difamación agravada como uno de tendencia interna intensificada.

El extenso catálogo que se abre a raíz de la investigación sobre este elemento, antes mencionado, nos lleva a una variedad de estos, conformando el *nom plus ultra* de estas categorías, pues no tienen un número fijo, toda vez que existen tantos como: *animus necandi*, *animus retorquendi*, *animus corrigendi*, *animus injuriandi*, *animus difamandi*, etc. Lo que hace necesario su tratamiento en otro apartado, ergo, las razones que nos hacen emprender la búsqueda del fundamento nos ubican al análisis de las teorías jurídico-penales que explican el delito, tales como la teoría del finalismo, causalismo, funcionalismo, etc; en afán de darle un contenido consistente.

A continuación, abordaremos, puntualmente, posturas a favor y en contra de la aplicación de la teoría de los *animus* en los delitos contra el honor, principalmente, en el delito de difamación agravada, para luego exponer fundamentos funcionalistas dirigidos

a entender al dolo eventual como última subcategoría de análisis o de juicio de tipicidad subjetiva en el tipo penal antedicho, sin necesidad de recurrir a elementos subjetivos distintos al dolo por ser incompatibles y generar grave desprotección del bien jurídico honor.

1.1. Posturas a favor de la aplicación de la teoría de los *animus*

En línea a los argumentos a favor de la aplicación de la teoría de los *animus* en el juicio de imputación subjetiva del delito de difamación agravada (antítesis de esta investigación) necesariamente se tiene que hacer referencia a los postulados incorporados por el causalismo valorativo de Mezger, recogidos y sistematizados por el finalismo de Welzel allá por la tercera década del siglo pasado, así como el contexto histórico durante el cual se asentaron.

Como bien se desarrolló en el capítulo precedente, la exigencia de los *animus* en el juicio de tipicidad de determinados tipos penales se dio por obra de Mezger (en 1924) quien estableció la existencia de elementos anímicos distintos al dolo que componen y fundamentan la tipicidad, y que resultan relevantes para determinar la comisión de puntuales delitos; él los denominó “elementos subjetivos del injusto”. Para dicho autor -en palabras de Muñoz (2003)- tales elementos tenían carácter excepcional y requerían ser expresamente exigidos en la ley a fin de otorgarle especial relevancia penal a ciertas conductas. Por su parte, Welzel, sin negar el aporte de Mezger, complementó tal teoría reconociendo la necesidad de trasladar el dolo y la culpa a la tipicidad (ubicados, en ese entonces, en la culpabilidad), haciendo énfasis en la importancia de diferenciar el aspecto objetivo y subjetivo del injusto penal, dejando en la culpabilidad solo el juicio de reproche o imputabilidad penal personal (imputación a la persona). Con el finalismo de Welzel se estableció que, en sede de tipicidad se ha de definir si el tipo penal se imputará a título de dolo o culpa, adicionalmente, siempre que la ley así lo prevea, habrá tipos penales en los que se ha de requerir elementos subjetivos añadidos o diferentes al dolo (por la naturaleza misma del delito), a tales elementos él los denominó: “elementos subjetivos de autoría”.

Es clave precisar que, tal y como se estudió líneas *supra*, la referida incorporación de elementos anímicos se dio en un contexto histórico donde imperaba el denominado “derecho penal de autor” en la dogmática alemana influenciada por el nazismo de la escuela de Kiel, consistente en el abandono del derecho penal del hecho para basar la ciencia penal en determinadas clasificaciones de tipos de autor, ponderando -en la

determinación de comisiones delictivas- las actitudes internas de los sujetos agentes, o sea, el ánimo del autor (Peña, 2018).

Ahora bien, pese a lo referido, a día de hoy todavía hay un sector de la doctrina, y jurisprudencia en el Derecho nacional y comparado, tanto de Europa como de Latinoamérica, que justifican la utilización de la teoría de los *animus* en los delitos contra el honor.

En el caso peruano -tal y como se desarrolló en el apartado 5.5. del capítulo anterior denominado “hermenéutica y aplicación jurídica de los *animus* en el juicio de tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor en la doctrina y jurisprudencia nacional”, hay una posición divergente y no definida con unanimidad. Por un lado, hay quienes homologan el dolo con el *animus* y, por otro, quienes consideran que el dolo es distinto al *animus*; sin embargo, en ambos casos se coincide en recurrir a la teoría de los *animus* haciendo especial hincapié en que, los delitos contra el honor, especialmente, el de difamación agravada, requieren que el sujeto agente tenga la intención de dañar u ofender el honor/reputación de otra persona, dando a entender que solo resultan admisibles las imputaciones a título de dolo directo e indirecto, desplazando el dolo eventual. La razón fundamental de dichas posiciones dogmáticas parte de entender que, no son admisibles aquellas conductas donde no haya mediado intención por parte del autor, pues la existencia de tal elemento anímico provee relevancia penal al hecho, sin el cual el Derecho Penal no tendría intervención justificada.

Al tenor de lo anterior, cabe preguntarse cómo es que se llegó a la adopción de dicho criterio dogmático aquí en el Perú cuando normativamente en ninguno de los códigos penales (1863, 1924 y 1991) se ha regulado la existencia de elementos subjetivos distintos al dolo en los delitos contra el honor. Ugaz (1999), frente a este cuestionamiento, responde que, “(...) quizá por confusión, algunos penalistas, autores de obras doctrinarias, colocaron los *animus*, agregándolos a los elementos subjetivos del tipo, estando a que, en otras legislaciones sí contemplan las leyes, pero en las nuestras no (...)” (p. 82), agrega, además que, nuestros jueces han tomado tales doctrinas extranjeras y las han aplicado de forma persistente en el Perú, ya sea para absolver o condenar, que su práctica o uso se ha normalizado, pese a que tales postulados no se condicen con el principio de legalidad penal.

En el extranjero, como también se desarrolló el capítulo anterior, existen países donde también hay posiciones a favor de la aplicación del *animus* en los delitos contra el honor, sin embargo, tales Estados parten de fundamentos legales y de política-criminal

disímiles al Perú. Por ejemplo, en España con el código penal derogado de 1944, legalmente se admitía la existencia del *animus* en la tipicidad subjetiva del tipo de injurias, por lo que la doctrina y la jurisprudencia se encargaron de difundir dicho criterio dogmático, sin embargo, con la entrada en vigencia del código penal de 1995, tal criterio perdió sustento legal al eliminarse del texto normativo el término “en deshonra, descrédito o menospicio de otra persona”, situación que, hasta la fecha, ha dado lugar a la existencia de pronunciamientos disímiles sobre el particular por parte de altos tribunales de justicia españoles, algunos negando la exigibilidad del *animus* por considerarlo derogado, desfasado o superado y otros persistiendo en la necesidad de su acreditación. De forma invertida al caso español, en Bélgica la doctrina y la jurisprudencia coinciden en la relevancia del *animus* (como elemento subjetivo distinto al dolo) en la imputación subjetiva de los delitos contra el honor, pues, parten de un sustento legal y político-criminal vigente, donde el propio código penal exige que la conducta del sujeto agente se realice con intención maliciosa “*méchamment*”, intencionalidad que, dicho sea de paso, se encontraba ausente en el código penal belga anterior, y que ahora debe ser probado por la parte accionante (no presumido).

Por su lado, la doctrina y jurisprudencia de Chile, respecto a la tipicidad subjetiva del tipo de injurias (dados que no se ha previsto la regulación del tipo de difamación), se decantan por exigir el *animus iniuriandi* como elemento subjetivo especial, en consonancia al principio de legalidad penal, pues, el tipo prevé la sanción de todas las expresiones proferidas o acciones ejecutadas “en deshonra, descrédito o menospicio de otra persona”, siendo el término “en” el que marca la clave para recurrir a la teoría de los *animus*. El fundamento político-criminal de tal regulación normativa, a entender de Viollier (2021) consiste en que : “(...) expresiones legítimas no queden cubiertas por el tipo, ya que, aunque causen deshonra, descrédito o menospicio en el afectado, no han sido proferidas con la intención de injuriar por parte del imputado” (p. 309), es decir, que para el sistema penal chileno solo tendrán relevancia penal y serán consideradas injurias aquellas conductas realizadas con especial intención de dañar el honor ajeno. La posición chilena no es necesariamente correcta, pues, más allá de que en su ley se haya previsto la necesidad de acreditar un finalidad o intención del sujeto agente, ello no quiere decir que tal intención necesariamente se explique a través del *animus*; ejemplo de ello se extrae de la doctrina y jurisprudencia de Argentina, donde se tiene un mejor tratamiento de imputación subjetiva de los delitos contra el honor porque, pese a que, normativamente, solo prevén la posibilidad de imputar comisión de delitos contra el

honor a título de dolo directo, no le dan lugar alguno al *animus* en el juicio de imputación subjetiva por considerarlo una corriente del pensamiento dogmático penal superada.

Si bien, en determinado momento histórico, la inclusión de la teoría de los *animus* (teoría de los elementos subjetivos del injusto o de autoría) en la tipicidad penal se encontraba justificada dogmáticamente (por el neokantismo y el finalismo, propiamente), sin embargo, no quiere decir que hoy -dada la evolución de la ciencia jurídico penal- ello tenga que continuar siendo así, pues, lo que antes -durante la Alemania Nazi- era considerado correcto, en nuestros días viene a ser considerado reprochable, injustificado y dogmáticamente incorrecto, salvando puntuales excepciones por razones de política criminal y tutela de bienes jurídicos.

Respecto a las excepciones que justifican la aplicación de la teoría de los *animus* en nuestro sistema penal hoy en día debemos decir que, parten o se fundamentan -qué duda cabe- en el principio de legalidad y la política criminal que cada Estado haya asumido respecto a las normas generales de convivencia social contenidas en sus Constituciones.

En el Perú, como bien sostenemos, no existe una política criminal de los delitos contra el honor orientada a poner énfasis en los elementos subjetivos distintos al dolo, toda vez que, en la construcción típica de los tres tipos penales (injuria, calumnia y difamación, especialmente en este último) el legislador no ha previsto la necesidad de requerir la prueba de la intención o finalidad perseguida por el agente al cometer los delitos, sino solo -por regla general- la exigibilidad del dolo como elemento subjetivo exclusivo y suficiente para acreditar la tipicidad subjetiva; sin embargo, existen otros tipos penales donde el legislador sí ha considerado necesario exigir elementos subjetivos diferentes al dolo por considerar que dichas circunstancias son relevantes para definir su tipicidad penal, como veremos a continuación.

En el código penal peruano y en leyes penales especiales hay numerosos tipos penales en los que, por principio de legalidad y razones político-criminales (siempre es necesario este énfasis), se recurre a los elementos subjetivos distintos al dolo (*animus*) para fundamentar su tipicidad subjetiva, dichos elementos permiten distinguir entre tipos penales de tendencia interna trascendente y de tendencia interna intensificada; por ejemplo, tenemos el tipo de homicidio calificado (previsto en el art. 128 del código penal), donde el legislador, a diferencia de la forma básica de comisión del tipo de homicidio (art. 106 del código penal), regula ciertas circunstancias que, por su naturaleza, agravan la conducta y dan lugar a un nuevo tipo penal de tendencia interna (pues se pone

especial énfasis en la intención y/o finalidad del sujeto agente al momento de cometer el hecho punible como elemento subjetivo específico requerido por el injusto penal), estas son: el matar a otro “por ferocidad, codicia, lucro o por placer”, “para facilitar u ocultar otro delito”, “con gran crueldad o alevosía”. Lo mismo ocurre en el tipo penal de hurto simple (art. 186 del código penal), donde el legislador ha tenido a bien considerar que el sujeto agente realice la conducta típica con una intención expresa: “para obtener provecho”; mientras que, en el hurto de uso (art. 187 del código penal), se ha previsto que el sujeto activo actúe “con el fin de hacer uso momentáneo”. Así también ocurre con el tipo penal de fraude procesal (art. 416 del código penal), donde se exige que la conducta típica sea realizada “para obtener resolución contraria a la ley”. Esto, asimismo, pasa en las distintas modalidades del tipo penal de lavado de activos (con excepción de la modalidad de ocultamiento y tenencia), previsto en el Decreto Legislativo N.º 1106, donde el legislador ha regulado que el sujeto actúe “con la finalidad de evitar la identificación del origen, incautación o decomiso” de los activos de origen maculado. Y así, más tipos penales donde legislativamente se ha considerado prever tales conductas como delictivas prestando atención a la actitud interna o anímica del autor, por denotar - la referida conducta- una mayor culpabilidad al cosificar e instrumentalizar al bien jurídico protegido pretendiendo alcanzar una finalidad más allá del delito mismo, incluso, intensificar su lesión o puesta en peligro, lo cual, no ocurre con los delitos contra el honor.

Sobre el particular, Peña (2018), afirma que “(...) la presencia de dichos elementos resulta indispensable a fin de acentuar la relevancia jurídico-penal de la conducta, con efectos a su delimitación con el injusto civil o, en su defecto, con otra conducta delictiva que tutela el mismo bien jurídico (...)”, en este último caso, como ocurre con el hurto simple y el hurto de uso.

1.2. Obsolescencia de la teoría de los *animus*: posturas en contra de su aplicación

Un razonamiento dialéctico permite diferenciar las diversas posturas dogmático-penales, tanto por la cualidad que ostentan, así como por su aporte teórico para con la sociedad. El derecho visto como el producto más elaborado de la interrelación del ser humano en la sociedad, sienta su objeto de interés en regular la conducta del hombre en determinados ámbitos; siendo en la materia penal donde muchos doctrinarios y operadores de justicia, así como distintos académicos especializados en la rama, han podido advertir de la realidad, una problemática latente que, con el pasar de los años, se ha venido acrecentando por los distintos pronunciamientos de los juzgados penales, sobre distintas querellas por difamación y difamación agravada. Que, siendo cuestionables, no

dejan entrever las razones por las que se exigen cada vez, elementos que complican el desarrollo del proceso penal, ajenos al principio de legalidad y más aún a nuestra realidad jurídico penal peruana. Adoptando posturas foráneas que no se ajustan a nuestro cultura normativa.

A priori, debemos partir del principio de legalidad, el cual se sustenta en el derecho penal y su norma material, en el estricto contenido que la norma prevé, para que la conducta humana tenga existencia y relevancia jurídica. La teoría de los *animus*, reconoce la existencia de elementos anímicos particulares, que intentan acoplarse a otros elementos que contienen un asidero legal, como es el caso del dolo. Ello con el fin de brindar un mayor ahondamiento en las conductas lesivas para su graduación y determinación. Pues resultan graves casi todas las conductas penales que persigan una intención especial de generar mayor daño o evidencien mayor desprecio por algunos bienes jurídicos.

El tipo base de difamación, a la luz del código penal peruano, no exige en sus líneas un elemento subjetivo distinto del dolo, dado que, las exigencias de tipicidad subjetiva se superan con la sola identificación del dolo. Creemos pertinente hacernos las siguientes preguntas, ¿es descabellado apostar por un derecho penal que acople a su catálogo de normas criterios o pensamientos en afán de darle un sentido que no guarda relación con lo prescrito legalmente en la norma? ¿Cuál es la razón de ser de los *animus* en los delitos contra el honor?; a manera de cuestionamiento, traemos a colación nuestro tercer objetivo específico, el cual consiste en justificar la factibilidad de la aplicación del dolo eventual desde un enfoque funcionalista frente a la obsolescencia de la teoría de los *animus*, en el delito de difamación agravada, a partir de la casuística nacional.

Dicha justificación, se fortalece respondiendo a las preguntas del párrafo anterior, pero antes debemos definir lo que la doctrina nacional peruana acoge, pues a decir de Bramont-Arias y García (1996) el *animus difamandi*, para el caso de la difamación es la “intención expresada en forma perceptible o inducida de las circunstancias concurrentes de lesionar el bien jurídico del honor” (p. 123), entendiéndose de ahí un concepto muy similar al dolo pero que el legislador no define ni desarrolla en el extremo de la norma, segundo párrafo del artículo 132 del Código Penal, algo incomprendido. Por lo tanto, podemos decir que del límite que expresa la redacción típica del delito de difamación, no se puede esperar ni exigir más de lo que taxativamente se contempla – idóneamente –, porque no resulta posible requerir algo que la norma no requiere. Y si trasladamos esa

lógica a lo que ha venido acoplándose en los criterios fijados por la jurisprudencia, podemos notar que no tienen coherencia alguna.

Por lo tanto, afirmamos que sería un tanto descabellado propugnar la inclusión o la exigencia de incluir elementos subjetivos distintos al dolo sin mínimamente dotarlos de un desarrollo adecuado que evite disparidad de criterios, que son la causa de problemas en la aplicación de la norma ante bienes jurídicos protegidos tan sensibles y trascendentales constitucionalmente. Así también lo considera Meini (2002) al decir lo siguiente:

(...) el delito de difamación no presenta en su redacción elemento subjetivo distinto del dolo alguno. No encuentro en el artículo 132 CP término, partícula o palabra que se refiera directa o indirectamente a un elemento subjetivo que no sea dolo. No se ha descrito la conducta típica de la difamación utilizando las locuciones “para”, “con el objeto”, “con el propósito”, “en perjuicio”, “con el fin de”, “con una intención especial”, “con un ánimo específico”, etc. (...). (párr.10)

En palabras de Soler (1951) “(...) para que una figura deba considerarse integrada por un fin especial, es necesario que ese fin sea positivamente contenido en la ley como cualquier otro enunciado de la figura” (pp. 252-253), circunstancia que no se verifica en la regulación expresa el delito de difamación agravada.

Hay que considerar a su vez que, si bien, la punición del tipo de difamación -en la mayoría de los casos- se efectúa a título de dolo directo evidenciado dentro del juicio de tipicidad -imputación subjetiva-; sin embargo, ¿qué sucede cuando no existe expresión ofensiva alguna contra el honor de manera directa?, sino que producto de la propagación de cierta información (desprovista de verosimilitud), se vea mellado el honor de una persona, por parte del sujeto agente quién estuvo en la posibilidad de conocer las consecuencias de tales enunciados de manera pública o través de medios de prensa, es decir, que la conducta se haya efectuado con dolo eventual, desvaneciéndose el hecho consecuente de probar la existencia del *animus difamandi* para la configuración del delito por parte del querellante, prueba de ello es el caso recaído en el recurso de nulidad N.º 449-2009/LIMA (Paolo Guerrero vs Magaly Medina), que será analizado en este capítulo, siendo el caso por excelencia que demuestra que la aplicación de la teoría de los *animus* para los delitos contra el honor, va quedando relegada en el tiempo y en determinadas circunstancias ni siquiera tiene espacio alguno en el desarrollo de acotada jurisprudencia. Refuerza Peña (2018) al decir que requerir la concurrencia del *animus iniuriandi* o *difamandi* en los delitos por acción privada como parte del elemento

subjetivo en el juicio de tipicidad, es totalmente asistemática, por no corresponder al fin esencial del derecho penal democrático, que es la protección preventiva de bienes jurídicos y por contravenir el principio de legalidad, por no encontrarse dentro de sus elementos constitutivos de tipicidad, ningún agregado de índole subjetiva distinta al dolo.

El doctor Macia (1997) indica que, en los delitos contra el honor, sólo se necesita el dolo para poder probar la esfera anímica del sujeto agente. Lo que quiere decir, que el legislador si tiene a bien denotar un *animus*, como si fuera un dolo duplicado, lo incluirá en la redacción de la norma penal y cuando no, eludirá incidir en este elemento subjetivo. Esto es así porque, tal y como afirma Muñoz (2003), el propio Mezger, promotor de los elementos subjetivos del injusto, estableció que estos poseen un carácter de excepción a la regla -es decir, son excepcionales-, hallándose sometidos al principio de legalidad, o sea, tienen que ser exigidos de forma expresa por el legislador para dotar de relevancia jurídico penal a determinadas conductas. Por obvias razones, se colige que la exigencia de elementos subjetivos distintos al dolo en contados tipos penales responde a cuestiones de estricta política criminal.

A esto se suman los actuales cuestionamientos que a nivel de la doctrina se realizan, por la constante desprotección al bien jurídico honor, ocasionando disfunciones a nivel del derecho penal material y procesal, así como constitucional. Rojas (1999) pone en manifiesto ello al decirnos que el *animus* es visto como un elemento de corte subjetivo, que se pretende agregar al dolo, ergo sin la más mínima fundamentación, dicho sector de la doctrina no consigue explicar cómo se podría difamar, con dolo y sin intención (asumiendo la existencia diferenciada del *animus difamandi*), traduciéndose en el simple actuar con voluntad y conciencia, pero sin intención de difamar. Algo que, sin duda, resulta una incongruencia a toda vista, por evidente ilogicidad, considerando que todo acto humano desde el causalismo valorativo, finalismo y funcionalismo, siempre está motivado por el manejo interno de la persona revestido indubitablemente de un contenido volitivo y cognoscitivo (voluntad y conciencia), permitiéndole una amplia posibilidad de anhelos representados en el mundo material, previa ejecución de actos secuencialmente y de forma premeditada para el logro de un objetivo, aquello que llamamos intención. Afirma Rodríguez (s.f) que:

En los delitos contra el honor (injuría, calumnia y difamación), no se exige un elemento subjetivo distinto al dolo, pues toda intencionalidad especial o específica se encuentra penalmente abarcada por el dolo. La exigencia de la doctrina nacional y en algunos casos de la jurisprudencia no sólo es innecesaria,

sino que incluso convierten a dichas conductas en delitos de lesión y no de peligro. (p. 274)

Es evidente que, agregar este móvil hace abrumadora la actividad probatoria, en vista de que en función a la teoría normativo funcional del honor, y lo sostenido por Peña (2009) “(...) basta con que el autor conozca que su frase o la atribución del hecho es perjudicial para el honor del individuo al margen de su falsedad o veracidad” (p. 282). Asumiendo ello, que resulta lógicamente saludable, podemos diagnosticar que los *animus* en los delitos contra el honor constituyen un elemento generador de disfunción procesal, toda vez que, se pretendía probar además del dolo, el móvil por el cuál se actuó, lo cual, también abre la necesidad de probar -como estrategia de defensa- otro móvil distinto al *animus difamandi*, pudiendo ser el de informar, narrar, etc., circunstancia que resulta un despropósito práctico, pues, nada tiene que ver con cuestiones de tipicidad sino -como bien se ha sostenido- con aspectos de antijuridicidad de la conducta típica, es decir, que lo correcto sería recurrir a la existencia de causas de justificación en lugar en enfrentar intenciones (*animus vs. animus*) dirigiendo la actividad probatoria a un fuero de alta complejidad destinado a probar aspectos elementalmente subjetivos (si probar solo el dolo a partir de hechos objetivos es complicado, imagínense tener que probar adicionalmente el *animus*). Sobre el particular y en contra de la aplicación del *animus* en los delitos contra el honor, Ugaz (1999), afirma:

(...) esta equivocada opción reduccionista del delito contra el honor a su ámbito subjetivo no solo es objetable por su ausencia de fundamento dogmático, sino porque, como sostiene Bacigalupo, favorece un alto grado de manipulación de la prueba (...). En efecto, cuando los juzgadores quieren llegar a un resultado predeterminado en una sentencia, aun cuando existan pruebas en contrario o no haya pruebas, recurren al argumento de la ausencia o presencia del *animus*, en torno al cual construyen todo el razonamiento del fallo. (p. 82)

Lo aquí plasmado, una vez más, permite convencernos de que tales agregados subjetivos no generan condiciones óptimas para arribar a la resolución de casos de forma óptima.

Partiendo de la premisa anotada, simpatizamos con lo sostenido por Peña (2009), cuando refiere que: “lo que debe juzgar y valorar negativamente el Derecho Penal, de acuerdo a la garantía de un Derecho Penal del acto, con una culpabilidad por el acto, es la exteriorización, la manifestación de un comportamiento que lesioné un bien jurídico (...)”, siendo irrelevante -para el ámbito del juicio de tipicidad- probar cuál fue la

intención con la que actuó el sujeto agente que; en todo caso, “la posibilidad de no considerar la comisión del delito podrá darse a través de alguna causa de justificación” (Angulo, 2021, p. 70), en el campo de la antijuridicidad, analizando el grado de justificación de la conducta bajo criterios objetivos de ponderación.

Pretender evitar reconocer el carácter obsoleto de los elementos anímicos distintos al dolo en el delito de difamación agravada y, por el contrario, afirmar su exibilidad como componente imprescindible en la tipicidad subjetiva, no hace más que vaciar de contenido material al bien jurídico honor (desprotección) y, con ello, debilitar la política criminal construida en torno a este derecho fundamental de notable importancia dentro de nuestro orden democrático y constitucional de Derecho, abriendo paso -inevitablemente- a impunidades reiterativas e inseguridad jurídica. Sobre el particular, Bacigalupo (2000), refiere que “(...) la exigencia de un elemento subjetivo complementario del dolo, como el *animus difamandi*, no solo carece (...) de un fundamento preciso en el texto legal, sino que, además, reduce la punibilidad de una manera no deseable (...)” (p. 12). En esa misma línea, Peña (2018) afirma que:

Exacerbar la personalidad humana, o dígase una sobre exaltación a los especiales ánimos que llevan a una persona a delinquir puede, de cierto modo, ser irrelevante para la imputación subjetiva del delito, pues su inclusión desbordante de la legalidad penal, muchas veces será utilizada para negar la tipicidad penal, concretamente para sustraer de la justicia al presunto infractor de la ley penal. (p. 95)

2. **El dolo eventual desde un enfoque jurídico funcionalista en el delito de difamación agravada**

El enfoque dogmático jurídico penal de esta investigación se centra en otorgar importancia al dolo eventual en el juicio de tipicidad subjetiva dentro del delito de difamación agravada, considerándosele la última subcategoría de imputación subjetiva posible de ser analizada, sin necesidad de recurrir a elementos subjetivos del tipo distintos al dolo por ser contrarios a la legalidad penal y dogmáticamente impropios al tipo. Para tal propósito, los investigadores consideramos prudente hacer uso de criterios funcionalistas, donde, partiendo de un adecuado juicio de imputación objetiva -previo-, se pueda arribar al análisis del nivel de graduación dolosa de la conducta, la cual, no necesaria y únicamente debe ser intencional o con dolo directo/indirecto (tomando protagonismo el elemento volitivo), sino también, con dolo eventual, superponiendo el elemento cognitivo sobre el volitivo a partir del conocimiento -por parte del sujeto activo-

de la probabilidad de materialización de los elementos objetivos del tipo, trayendo como resultado la puesta en peligro o lesión del bien jurídico.

El funcionalismo, como sistema o corriente del pensamiento jurídico penal, se empezó a desarrollar a partir de la década de 1970. A entender de Villavicencio (2006) “los postulados funcionalistas no buscan modificaciones a la teoría del delito, más bien, pretenden atribuir en sus elementos nuevos contenidos, con el objetivo de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicabilidad a la realidad” (p. 248). Si bien, tal afirmación es cierta, no obstante, no se puede negar que el funcionalismo se alejó de la concepción finalista del delito, postulando que el Derecho Penal debe estar dirigido a la concreción de sus fines y no regirse o vincularse a realidades ontológicas previas.

La visión funcionalista pretende apostar por un Derecho Penal más objetivo construido sobre la base del mantenimiento de expectativas sociales. En tal medida, el dolo es tratado ya no desde una perspectiva ontológica o natural, sino más bien, conforme a determinada función que cumpla el agente dentro del sistema jurídico, por ende, no se enfoca necesariamente en la intención con la que actuaron las personas, sino en cómo dicha intención afecta o altera las expectativas sociales y la estabilidad del sistema mismo. En ese tenor de ideas, el dolo eventual, para el funcionalismo, es entendido a partir de una concepción normativa, es decir, se sobre exalta el elemento intelectual o cognitivo, fundamentándose principalmente en el conocimiento de la posibilidad de materialización de un resultado lesivo típico, más que en el voluntad de hacerlo.

2.1. El dolo eventual como alternativa necesaria dentro del juicio de tipicidad subjetiva en el delito de difamación gravada

Las garantías del proceso en general son los límites de absoluto respeto resolutivo en cada pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales, que, a su vez, guardando estrecha concordancia con la Constitución Política vigente, hacen del mismo; una forma de ajustar la conducta humana a los preceptos normativos, alejándolas y disuadiéndolas de la realización de aquellas típicamente plasmadas. Para ello es importante que, desde un inicio, se vean materializados los derechos de la debida tutela jurisdiccional efectiva, valoración probatoria, debida motivación, etc. En el proceso penal, la teoría del delito permite conocer cada uno de los elementos configuradores del hecho delictivo, siendo la tipicidad, verticalmente indispensable para determinar la responsabilidad penal, pues pende de su análisis a nivel objetivo y subjetivo, si la conducta del sujeto agente calza en el ámbito de aplicación material del delito.

Como ya hemos visto, a nivel del juicio de tipicidad, la imputación subjetiva permite establecer el título de imputación en la comisión de los delitos contra el honor, previo análisis correcto de la imputación objetiva, el cual – según nuestra postura –, debe efectuarse bajo la óptica de la teoría funcionalista, en el caso de los delitos contra el honor. Tal como sabemos, esta permite facilitar el sustento de un arco dogmático correcto sobre el aspecto material del delito, para determinar si el sujeto agente mantuvo su actuar dentro del cumplimiento de sus funciones o conjunto de roles que le son inherentes, dentro del cargo o desempeño que realice en un ámbito y momento determinado. Simplificando la sustanciación del dolo o la culpa de la conducta del sujeto – conforme al caso concreto –, dentro el análisis de imputación subjetiva, pues determinar el elemento subjetivo del delito bajo este canon, fija de manera contundente la posibilidad del quebrantamiento de un rol al margen de la intencionalidad, que pudiendo ser negativa o positiva respecto al bien jurídico puesto en riesgo, insoslayablemente acarree una afectación no deseada para con la persona.

Ahora bien, ante una conducta lesiva al honor – para el caso de la difamación agravada –, realizada aparentemente dentro del cumplimiento del rol o función, como la de un comunicador o periodista, quien bajo sus principios y código de ética está llamado cualificadamente a la propalación de información de interés público y de diferente naturaleza (socialmente tolerada), bajo principios de corroboración y verosimilitud de la información, así como del derecho a la libertad de expresión, no debería tener una relevancia penalmente jurídica; sin embargo, aquello que se aleje de éste margen es a todas luces atentatorio, pues se vería desnaturalizada la función social del periodismo, utilizando los medios con acentuados intereses particulares. Como ya hemos visto, la obsolescencia de la teoría de los *animus*, en los delitos contra el honor, es un fenómeno jurídico que sucede únicamente a causa de problemas eminentemente pragmáticos generados por los mismos operadores de justicia, por indecisiones comprometedoras en las querellas por difamación agravada, pero que ven como alternativa adecuada la aplicación concienzuda del dolo, no sólo en su primer grado o dolo directo, sino el dolo eventual (dolo de tercer grado) como última subcategoría de imputación subjetiva pasible de ser analizada dentro del juicio de tipicidad; lo cual supone una ampliación del margen de protección del bien jurídico honor.

Estamos de acuerdo que no es adecuado exigir la existencia del *animus difamandi* para sancionar por difamación agravada a comunicadores o periodistas que lejos del actuar con respeto a su profesión, brindan información cruzada y sucia de personalismos,

para alimentar el morbo y la deshonra en una realidad socialmente corrompida, pero lastimosamente aceptada y promovida por gran sector de la población, por el espectáculo que genera réditos incommensurables a los directores de programas y canales de televisión. Además de vulneratorio, por la sencilla razón de que, la alegación de actuar bajo la libertad de información, con *animus informandi*, o bajo el principio de confianza, o peor, la imposibilidad de probanza de elementos subjetivos distintos al dolo, traen abajo todo supuesto necesario para la sanción penal, generando un umbral de impunidad que cubre a numerosos personajes de la televisión nacional quienes, a sabiendas de las consecuencias de publicitar información falsa, carente de corroboración y todo tipo de revisión, generan daños irreparables por el descrédito al honor y buena reputación de las personas, como es el caso de Paolo Guerrero vs. Magaly Medina.

2.2. ¿La posición jurídica adoptada permite garantizar la debida tutela del bien jurídico honor?

La construcción teórica realizada a lo largo del presente informe necesariamente busca desembocar en un fin práctico, proyectado en la debida tutela del bien jurídico honor. Para ello, es menester precisar que, los investigadores rechazamos cualquier argumento orientado a sobreproteger el honor, así como también, los argumentos que, directa o indirectamente, lo colocan en grave desprotección; posiciones extremistas no tienen lugar en nuestro aporte dogmático.

Partimos afirmando que nuestra posición jurídica reposa en una visión sociológica y constitucional del bien jurídico (de forma general), expuesta por Vásquez (2022), que lo define no solo como un valor o interés ideal, sino como una condición mínima de participación en el sistema social, o sea, aquello que permite a las personas participar y convivir dentro de la sociedad; dichas condiciones mínimas de participación se encuentran recogidas -de forma consensual- en la Constitución. Esta forma de definir al bien jurídico guarda estrecha relación con la función limitadora del *ius puniendi* atribuida al mismo, verificable de dos formas, primero desde la labor legislativa, donde el legislador no puede crear figuras penales de forma arbitraria sino solo a partir de las condiciones mínimas previstas en la Constitución; y, segundo, desde la labor jurisdiccional, donde, para que el juzgador pueda realizar una imputación penal y aplicar una consecuencia jurídica, debe verificar previamente la lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico protegido, así lo establece el art. IV del Título Preliminar del Código Penal al desarrollar en qué consiste el principio de lesividad: “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

Vasquez (2022) también refiere que el bien jurídico cumple una función sistemática y otra interpretadora; la primera consistente en agrupar, ordenar o clasificar los ilícitos penales en determinados grupos delictivos (ejemplo: delitos contra el patrimonio, delitos contra la fe pública, delitos contra el honor, entre otros); la segunda, derivada de la anterior, pues se sostiene que el bien jurídico cumple un papel de punto de referencia para la utilización de un determinado método de interpretación, especialmente, el método teleológico, que viene del término *telos* que significa “fin”, por tanto, se enfoca en establecer el “fin de la norma”, en otras palabras, gracias al bien jurídico es posible determinar el alcance de los tipos penales.

Aunado a la visión general del bien jurídico, los investigadores también hemos tenido en cuenta una especial o específica, aplicada al objeto de investigación, consistente en la concepción normativo funcional del bien jurídico honor, que define al honor como un valor fundamental que no solo permite a la persona participar ante los demás en condiciones de igualdad, sino también la cuida de aquellos juicios e imputaciones que, siempre que sean idóneos o potenciales para perjudicar su buena reputación o estimación personal, restringen su ámbito de libertad, limitando su participación dentro del sistema social conforme a su libre determinación.

Es, justamente, en torno al cumplimiento de las anotadas funciones en consenso a la concepción normativo funcional que se ha determinado que la posición jurídica postulada y defendida en esta investigación sí permite o garantiza la debida tutela del honor como bien jurídico protegido en el delito de difamación agravada. Los sendos fundamentos expuestos se podrían resumir en los siguientes:

El mantenimiento de un esquema tradicional subjetivista -que hace uso de la teoría de los *animus* en el juicio de imputación subjetiva del delito de difamación agravada- arguye Peña (2018) “se presenta como político-criminalmente inadecuado y dogmáticamente falso” (p. 346). Lo primero, en palabras de Merlo (2005) porque “(...) conllevaría una notable desprotección del bien jurídico honor, y reducir el delito a su elemento subjetivo favorece la manipulación de la prueba en el proceso, produciendo inseguridad no solo para la víctima del hecho, sino para el propio autor” (p. 123).

Lo sostenido por Peña (2018) y Merlo (2005) sintetiza las razones que nos llevan a rechazar la utilización de elementos anímicos para satisfacer las exigencias de tipicidad subjetiva en la modalidad delictiva de difamación agravada, pues, aunque muchos pretendan negarlo, restringe el ámbito de protección del honor a solo aquellas conductas dirigidas (de forma directa o premeditada) a ponerlo en peligro o lesionarlo, lo cual es un

despropósito teniendo en cuenta la política criminal de los delitos contra el honor proyectada en la construcción del tipo penal de difamación (art. 132 del código penal), donde, como sostiene Meini (2002), no se verifica “(...) término, partícula o palabra que se refiera directa o indirectamente a un elemento subjetivo que no sea el dolo” (párr. 10), Y es cierto, pues, no se ha redactado la conducta típica de difamación utilizando las locuciones “para”, “con el objeto”, “con el propósito”, “en perjuicio”, “con el fin de”, “con una intención especial”, “con un ánimo específico”, etc., razón por la cual, cualquier posición dogmática -en el Perú- que pretenda afirmar lo contrario devendría en grave infracción al principio de legalidad penal.

Tal limitación viene a ser superada al reconocer y uniformizar la posibilidad de imputación delictiva a título de dolo eventual, el cual, además de ser compatible con las exigencias típicas del tipo de difamación, amplía o expande el margen de protección del bien jurídico honor a aquellas conductas que, si bien no pretenden de forma premeditada afectarlo o ponerlo en peligro, empero, lo consiguen a través de la materialización del resultado típico, previa representación o conocimiento de su probabilidad de realización. En otras palabras, no solo se sancionarán aquellas atribuciones de hechos, cualidades o conductas expresadas con dolo directo, sino también, las que al expresarse hayan puesto en peligro o lesionado el honor ajeno sabiendo que era probable que ello ocurra, aunque no medie intención.

Ahora bien, no solo se busca la mera aplicación del dolo eventual a los casos concretos como válvula de escape al no verificarse alguna conducta premeditada o intencional por parte del sujeto agente, sino una aplicación jurídico funcionalista, que implica un juicio completo de tipicidad que parta desde un adecuado análisis de imputación objetiva, donde se verifique que la conducta haya creado un riesgo no permitido o incrementado uno permitido, además, se determine si dicha conducta se encuentra encuadrada -o no- dentro de las expectativas sociales, esto es, dentro del rol que cumple la persona en la sociedad; una vez superados los filtros de imputación objetiva, será posible efectuar un correcto análisis de imputación subjetiva donde el dolo eventual tomará especial protagonismo, ponderándose el elemento cognitivo y relegándose el elemento volitivo, dado que, el funcionalismo explica este elemento subjetivo a partir de una visión normativa; por lo tanto, para considerar que la conducta es típica subjetivamente, no importará con qué intención o finalidad haya actuado el sujeto agente, sino solo, la representación o conocimiento -por parte de este- de la probabilidad de realización típica, dicho en términos prácticos, que el agente sepa que lo

que atribuirá (sea un hecho, una cualidad o conducta) tiene la entidad suficiente para lesionar o poner en peligro el honor de alguien y, pese a ello, actúa.

Esta posición jurídica no solo expande el ámbito de protección del honor, sino también recubre de garantías dogmático penales al procesado/querellado, pues, partiendo de una imputación objetiva a su conducta, se podrá determinar si actuó conforme a su rol o de acuerdo a la expectativa social que se tiene respecto de él, en tal sentido, se encontrará en la posibilidad de probar que actuó de forma neutral o, incluso, que pudo haber sido inducido a error, de forma vencible o invencible (de ser el caso).

Con ello, se garantiza una “debida tutela” del bien jurídico honor, que no significa reducir garantías a los procesados o sobreproteger a los accionantes, sino, mantener la igualdad de armas entre ambas partes y facilitar el debate sobre la base de una actividad probatoria orientada a probar hechos objetivos y no cuestiones estrictamente subjetivas; máxime si no es “(...) misión del Derecho penal la valoración de las actitudes internas de nadie” (Días, 1994, p. 173), o -como sostiene Roxin (2008)- con mayor razón si “(...) el cometido de los tipos dolosos es evitar lesiones calculadas de bienes jurídicos, independientemente de la actitud emocional con que sean cometidas (...)” (p. 431).

3. Problemas en torno a la aplicación de la teoría de los animus y necesidad de la aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual como última subcategoría de análisis de tipicidad subjetiva en el delito de difamación agravada: análisis casuístico

3.1. Caso N.º 01: R. N. N.º 3301-2008/LIMA (Lidercon Perú Sociedad Anónima Cerrada vs. Nilo Adriel Vizcarra Ruiz)

3.1.1. Análisis jurídico y posición de los investigadores

En el presente Recurso de Nulidad N.º 3301-2008, LIMA, de fecha 18 de marzo de 2010, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema emite pronunciamiento a solicitud de la representación legal de la empresa LIDERCON PERÚ Sociedad Anónima Cerrada dirigida en contra de la sentencia de vista que revocó la sentencia condenatoria emitida en primera instancia de la misma causa, absolviendo al querellado Nilo Adriel Vizcarra Ruiz por la comisión del delito contra el honor, en la modalidad de difamación agravada.

Los hechos incriminados consisten, puntualmente, en que el querellado Nilo Adriel Vizcarra Ruiz habría difundido -en forma reiterada- declaraciones mediante diarios locales y una radio local -diarios “El Comercio” y “La Primera”-, cuyo texto contenía expresiones consideradas ofensivas contra la reputación de la querellante

empresa LIDERCON PERÚ Sociedad Anónima Cerrada, pues, le habría sindicado haber evadido pagar tributos a la SUNAT tras -supuestamente- importar maquinaria declarando que quedaría temporalmente en el país. En primera instancia, se estableció que el querellado sí lesionó el honor y reputación de la parte querellante, dado que, su conducta estuvo dirigida a atribuirle una acción delictiva, por ende, se emitió sentencia condenatoria. En la sentencia de vista se determinó lo contrario, pues, se verificó que las informaciones contenidas en la nota periodística del diario “El Comercio” hacen referencia a declaraciones emitidas por la gerente de la propia empresa querellante, es decir, las afirmaciones presuntamente difamatorias no provienen del querellado, sino fue redactado a conveniencia del autor de la nota de prensa a partir de lo afirmado por la gerente de LIDERCON PERÚ S.A.C., por lo que, se emitió sentencia absolutoria.

La Corte Suprema, analizando el caso concreto, estimó, en su fundamento jurídico octavo, al igual que la sentencia de vista, que el querellado no actuó con *animus difamandi*, sino más bien que su intención consistió en narrar un suceso (*animus narrandi*) ejerciendo su derecho a la información, es decir, informar sobre un hecho de interés público (*animus informandi*).

La *ratio decidendi* de la Corte Suprema -cuestionable, a entender de los investigadores- se funda -erradamente- en su forma de entender qué exige la tipicidad subjetiva del delito de difamación, al sostener en su fundamento jurídico séptimo lo siguiente:

Que el delito de difamación es un delito de conducta o actividad y exige del sujeto activo la intención o ánimo de difamar o lesionar el honor o la reputación de una persona; es decir, tiene como elementos objetivos y subjetivos: a) atribuir a una persona un hecho, cualidad o conducta que perjudique su honor o reputación; b) la posibilidad de difusión y publicidad de las imputaciones; y el “*animus difamandi*” como elemento de tendencia interna que implica la especial intención de dañar el honor; ello en armonía con lo dispuesto en el artículo ciento treinta y dos del Código Penal.

Como se puede apreciar, la Corte Suprema hace uso expreso de la teoría de los *animus* para resolver la presente causa, sosteniendo que el delito de difamación posee un elemento de tendencia interna consistente en el *animus difamandi* (“especial intención de dañar el honor”), es decir, que la tipicidad subjetiva de la difamación no se satisface solo con el dolo, sino que, es necesaria la verificación de un elemento subjetivo distinto a este para recién poder afirmar que hay delito contra el honor, lo cual, como se defiende

en esta investigación, es un criterio errado, no solo por encontrarse superado dogmáticamente, sino también, porque vulnera flagrantemente el principio de legalidad penal al no advertirse en la descripción de legal la exigencia de determinado elemento subjetivo que permita confirmar que la difamación es un tipo de tendencia interna. Asimismo, este criterio jurisprudencial no guarda armonía con la política criminal de los delitos contra el honor en el Perú, pues, como es evidente, vacía de contenido al bien jurídico honor y lo coloca en una situación de desprotección ante determinadas conductas que, sin necesidad de mediar intención (*animus*), lo pongan en peligro, incluso, lo lesionen (como es el caso de las conductas perseguibles por dolo eventual).

Ahora bien, la Corte Suprema también incurre en error al pretender resolver un aparente conflicto entre derechos fundamentales, como son el derecho al honor y el derecho a la información, recurriendo a la teoría de los *animus*, dado que, esta tendencia dogmática no hace más que cubrir con un manto de extrema subjetividad el análisis de las conductas humanas, sosteniéndose que, en determinadas circunstancias, no existe intención de dañar el honor, porque subsiste otra intención que lo supera, como la de narrar o informar (*animus narrandi* o *informandi*), lo cual, conmina al juzgador a tener que orientar la actividad probatoria en la búsqueda de cuál fue la verdadera intención del querellado, lo cuál es un despropósito por ser una tarea completamente compleja. Dogmáticamente, tampoco resulta correcto pretender resolver una cuestión sobre derechos en sede de tipicidad, pues, como también se ha sostenido en los argumentos fuerza de esta investigación, el estadío adecuado para analizar qué derecho se pondrá en el caso concreto es en la antijuridicidad, haciendo necesaria alusión -por principio de legalidad- a las causas de justificación previstas en el artículo 20 del Código Penal, específicamente, el contenido en el inciso 8, referido al obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, verificándose si la lesión del honor se encontraría justificada o no, tras ponderarse el derecho a la información, o sea, se puede estar ante una conducta típica, pero no necesariamente antijurídica; ello conforme a las reglas establecidas por la propia Corte Suprema en Acuerdo Plenario N.^o 3-2006/CJ-116.

Ahora bien, como se venía sosteniendo, dado que, hacer uso rayano de la teoría de los *animus* o, técnicamente, de la teoría de los elementos subjetivos del injusto, en los delitos contra el honor, no resulta lo dogmáticamente correcto, los investigadores defendemos la posición jurídica de entender al dolo eventual como el último eslabón del juicio de tipicidad subjetiva, al no estar prevista en la norma penal la necesidad de verificar determinada tendencia interna en el actuar del sujeto agente, sino solo establecer

que la conducta fue principalmente con conocimiento y accesoriamente con voluntad de realización típica, es decir, con dolo. Para llegar al juicio de tipicidad subjetiva, es obvio que, antes, se debe superar el juicio de tipicidad objetiva, también denominada imputación objetiva, donde defendemos la posición de recurrir a un híbrido entre las tesis funcionalistas moderadas y radicales, consistente en verificar, primero, si la conducta de la parte querellada creó un riesgo no permitido o incrementó un riesgo permitido, y, segundo, si su conducta (haciendo uso de filtros de imputación a la conducta, como el principio de confianza, prohibición de regreso, etc.), se efectuó en estricto cumplimiento de determinado rol o función desempeñada por el agente. Defendemos, entonces, la posición consistente en que, solo habiéndose superado adecuadamente los filtros de imputación objetiva a la conducta, se podrá arribar a un mejor análisis de imputación subjetiva en los casos concretos referidos a delitos contra el honor (y en cualquier otro).

En el presente caso, si bien la Corte Suprema no utilizó criterios dogmáticos adecuados para motivar su fallo, no obstante, coincidimos en que este último (parte resolutiva) sí fue correcto, es decir, compartimos el resultado, pero no las formas, toda vez que, primero, las expresiones difundidas imputadas al querellado no fueron realizadas por él, y aún hubiera sido así, tampoco cabría lugar al delito de difamación agravada, toda vez que, la conducta podría estar justificada por actuar en ejercicio legítimo del derecho a la información, al ser contenido de la expresión un tema de interés público y estar fundado en hechos objetivos, mas no antojadizos o manipulados tendenciosamente por el agente (según los alcances desarrollados en el Acuerdo Plenario N.º 3-2006/CJ-116). No se verifica un actuar con dolo directo, posiblemente, sí un actuar con dolo eventual donde -funcionalmente- se pondera el conocimiento respecto de la voluntad del agente (representación de que el hecho informado podría afectar el honor o reputación ajeno, asumiendo el resultado pese a no pretender ello), pero, como bien se ha expresado, esta conducta -pudiendo ser típica- se encontraría justificada, o sea, no deviene en antijurídica, por lo que, no hay delito.

3.2. Caso N.º 02: R. N. N.º 3680-2010/LIMA (Elizabeth Amanda Palomino Córvida vs. Luis Vicente Díaz Vera y Vicente Aarón Díaz Olivos)

3.2.1. Análisis jurídico y posición de los investigadores

En el presente Recurso de Nulidad N.º 3680-2010, LIMA, de fecha 25 de abril de 2011, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema emite pronunciamiento a solicitud de la querellante Elizabeth Amanda Palomino Córvida dirigida en contra de la sentencia de vista que revocó la sentencia condenatoria emitida en primera instancia de la misma

causa, absolviendo a los querellados Luis Vicente Díaz Vera y Vicente Aarón Díaz Olivos por la comisión del delito contra el honor, en las modalidades de calumnia y difamación agravada.

Los hechos incriminados consisten, puntualmente, en que los querellados Díaz Vera y Díaz Olivos publicaron un comunicado en el diario “Expreso” en el que afirmaron que la persona de Vicente Díaz Arce (padre y abuelo, respectivamente, de los querellados) junto con otras personas habrían falsificado sus firmas con el fin de transferir determinados bienes inmuebles de su propiedad en beneficio de la empresa Construcciones e Inversiones V y E S.A.C., publicación hecha para que el público en general tenga reparos o se abstenga en contratar con dicha empresa, especialmente, con el señor Vicente Díaz Arce y su conviviente Elizabeth Amanda Palomino Córvalo (querellante). Lo que alega la parte querellante es que, tales afirmaciones, delictivas y difamatorias por no tener sustento, lesionaron su honor y reputación toda vez que, se la mencionó de forma dolosa y con premeditación con nombre propio en el comunicado y, dado el vínculo que tiene que con la persona a la que se le imputan tales hechos, se entendería que ella también sería responsable y beneficiaria de las acciones imputadas. En primera instancia, se estableció que los querellados expresaron frases difamatorias en desfavor de la querellante, emitiéndose sentencia condenatoria. En la sentencia de vista se determinó lo contrario, pues, se estableció que no existió delito, ya que, no se apreció frase difamatoria respecto a un hecho, calidad o conducta que lesione la honorabilidad en la publicación cuestionada, razón por la cual, se emitió sentencia absolutoria.

La Corte Suprema, analizando el caso concreto, estimó, en su fundamento jurídico cuarto -disintiendo de la sentencia de vista, pero compartiendo el criterio de la sentencia de primera instancia- que los querellados actuaron con *animus difamandi*, ya que, verificaron que estos reconocieron haber mandado a hacer la publicación en el medio referido, donde se logró apreciar que se le atribuyó de forma directa y sin ninguna justificación a la querellante el estar involucrada con su esposo Vicente Díaz Arce en ciertos actos ilícitos (conductas ilícitas solo atribuidas a este), esto, pese a encontrarse ya judicializado el conflicto de interés del señor Díaz Arce y los querellados, circunstancia que, para la Corte, denota que existe un “ánimo de revancha” en contra de la querellante por ser la actual esposa del padre y abuelo de los querellados.

La *ratio decidendi* de la Corte Suprema -cuestionable, a entender de los investigadores- se funda una vez más -erradamente- en su forma de entender qué exige

la tipicidad subjetiva del delito de difamación agravada, al sostener en su fundamento jurídico tercero lo siguiente:

Que, a manera de introducción para que se configure el delito de difamación agravada -por medio de prensa- previsto en el último párrafo del artículo ciento treinta y dos del Código Penal, tienen que concurrir los siguientes elementos: i) la imputación de un hecho, cualidad o conducta que pudiera perjudicar el honor o la reputación de una persona, ii) la difusión o propalación de dicha imputación a través de un medio de prensa, capaz de llegar a una gran cantidad de personas, y iii) que exista intención de vulnerar y maltratar el honor del querellante mediante las aseveraciones descritas precedentemente sin que haya realizado alguna labor de investigación sobre los hechos a los que se refirió, elemento que la doctrina ha denominado el “*ánimus difamandi*” (...).

Como se puede apreciar, la *ratio decidendi* de la Corte Suprema se explica a partir de la teoría de los *animus*, es decir, el tribunal resuelve el conflicto penal partiendo de entender que el delito de difamación posee un elemento subjetivo distinto al dolo consistente en el *animus difamandi* (“especial intención de dañar el honor”), en otras palabras que la tipicidad subjetiva de la difamación no se satisface solo con el dolo, sino que, es necesaria la verificación de un elemento subjetivo adicional a este para recién poder afirmar que hay delito contra el honor. Estas afirmaciones, como se viene defendiendo en la presente investigación, responden a un criterio errado, pues, dogmáticamente no se condice con postulados propios de un Estado Constitucional de Derecho, además, porque vulnera de forma flagrante el principio de legalidad penal al no advertirse en la descripción de legal (art. 132 del Código Penal) la exigencia de determinado elemento subjetivo que permita confirmar que la difamación es un tipo de tendencias internas, ya sea trascendente o intensificada. Asimismo, como se afirmó en el análisis del caso anterior, este criterio jurisprudencial no guarda armonía con la política criminal de los delitos contra el honor en el Perú, pues, como es evidente, vacía de contenido al bien jurídico honor y lo coloca en una situación de desprotección ante determinadas conductas que, sin necesidad de mediar intención (*animus*), lo pongan en peligro, incluso, lo lesionen (como es el caso de las conductas perseguitables por dolo eventual), por lo que, también resulta errada la posición jurídica de homologar el dolo genérico con el *animus difamandi*, ya que, esto significaría que la difamación solo podría ser cometida por dolo directo (intención).

La Corte Suprema declaró nula la sentencia de vista por considerar que hicieron una incorrecta valoración del material probatorio (justificando indebidamente la no responsabilidad penal de los querellados), asimismo, hicieron hincapié en que los querellados habrían actuado con “ánimo de revancha” que habría dado lugar al *animus difamandi* o intención de lesionar el honor de la querellante, criterio que no compartimos en sentido estricto, pues, a entender de los investigadores los indicios que llevan a concluir que el móvil de los querellantes fue la “revancha” en realidad prueban el actuar doloso por parte de ellos, mas no, el polémico *animus difamandi*, es decir, prueba que los agentes actuaron con conciencia y voluntad de realización típica. El afirmar lo contrario, si bien, para el caso concreto no tendría mucho impacto, no obstante, sí afectaría notoriamente el resultado de otros casos en los que el sujeto agente no necesariamente actúe con dolo directo, sino con dolo eventual (ello bajo el principio de predictibilidad).

Para finalizar, al igual que en el análisis del caso anterior, si bien en este recurso de nulidad, la Corte Suprema no utilizó criterios dogmáticos adecuados para motivar su fallo, no obstante, coincidimos en que este último (parte resolutiva) sí fue correcto, es decir, compartimos el resultado, pero no las formas, toda vez que, concisamente, advertimos un actuar doloso por parte de los querellados (dolo directo) que nada tiene que ver con el *animus difamandi* (por las razones ya expuestas), por lo que la sentencia de vista incurrió en error de valoración del caudal probatorio, lo cual justifica su nulidad y el mandato de emisión de nuevo pronunciamiento. Si bien, no se advierte un actuar con dolo eventual (representación de que el hecho informado podría afectar el honor o reputación ajeno, asumiendo el resultado pese a no pretender ello), empero, insistimos en que esta subcategoría de tipicidad subjetiva constituye la última posible de ser materia de análisis dentro del juicio de tipicidad, mas no los elementos subjetivos distintos al dolo. Lo que sí no advertimos en el análisis de la conducta de los querellados por parte de la Corte Suprema es la utilización de criterios funcionalistas de imputación objetiva, sino, se limitó en verificar y afirmar que existe *animus difamandi*, lo cual, es un despropósito en cuanto al tipo penal; la forma adecuada, como venimos postulando, es asegurar una adecuada imputación objetiva a la conducta, para recién poder aterrizar en determinar tipicidad subjetiva, para luego, si fuera el caso, analizar si concurre alguna causa de justificación que elimine la antijuricidad; así se dota de garantías suficientes tanto a los querellados, como a la parte querellante.

Es necesario enfatizar, por lo tanto, que no es propósito de esta investigación sobreproteger el bien jurídico honor, sino ofrecer criterios dogmáticos adecuados con el fin de garantizar una “debida tutela” del honor y la reputación. Los extremos (sobreprotección y desprotección -impunidad-) no tienen lugar en nuestro razonamiento jurídico.

3.3. Caso N.^o 03: R. N. N.^o 1880-2019/LIMA (Álvaro Enrique Ignacio Castro Osores vs. Iván Marco Slocovich Pardo)

3.3.1. Análisis jurídico y posición de los investigadores

En el presente Recurso de Nulidad N.^o 1880-2010, LIMA, de fecha 15 de marzo de 2021, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema emite pronunciamiento a solicitud del querellado Iván Marco Slocovich Pardo dirigida en contra de la sentencia de vista que confirmó la sentencia condenatoria en su contra emitida en primera instancia, condenándolo como autor del delito contra el honor, en la modalidad de difamación agravada en agravio del querellante Álvaro Enrique Ignacio Castro Osores.

Los hechos incriminados consisten, puntualmente, en que el querellado, en su condición de director del diario “Correo”, el 4 de diciembre de 2016 publicó en la sección política página 7 del formato impreso del referido diario, una falsa noticia titulada “Fuero militar condena a tres años a oficial que robó combustible”, señalando en la columna final lo siguiente: “La apelación la presentó el abogado de Briceño, el exmagistrado militar del ejército Álvaro Castro Osores, quien fue implicado en el proceso judicial por encubrir a Vladimiro Montesinos”, publicación que, a entender del querellante, afecta su honor, buen nombre y reputación, toda vez que, sostiene que el título no guarda relación alguna con el contenido del artículo, asimismo, que la anotada columna deviene en falsa porque él nunca fue implicado dentro de un proceso judicial por haber encubierto a Vladimiro Montesinos, ni por ningún otro delito. Por su parte, el querellado refirió ser responsable de lo que se publica e informa a través del diario Correo, a excepción de las que se encuentren firmadas por otra persona responsable, asimismo, puso énfasis en que no conocía al querellante y que, si bien, la información relacionada a este último que fue añadida al final de la noticia no guardaba relación con el eje principal, sin embargo, la misma es de carácter público, razón por la cual no habría actuado con intención de dañar la imagen del querellante. En primera instancia, se determinó la responsabilidad penal del querellado; el mismo criterio se utilizó en la sentencia de vista (segunda instancia), concluyéndose que existió delito.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, por su parte, en el fundamento decimosegundo del recurso, a partir del análisis del contenido de la incriminada noticia publicada por el diario el Correo, concluyó en la existencia de elementos que constituyen el delito de difamación, asimismo que la conducta imputable al querellado -en su condición de director periodístico del medio de prensa, responsable de la información que se publica- sí estaría acreditada, toda vez que, si bien, el título de la nota tiene incidencia en un tema de interés público, no obstante, la parte final de la misma no reviste el mismo carácter por estar referido a un hecho relacionado al fuero profesional, no debiéndose agregar una vinculación en la comisión de un delito por parte del querellante, por lo que, tal expresión ofende y daña el honor del accionante.

La *ratio decidendi* de la Corte Suprema deviene en cuestionable, por varias razones. La primera de ellas consiste -otra vez- en la errada e innecesaria alusión al *animus difamandi* dentro de la motivación de la resolución, considerándosele -entre otros- como elemento configurativo del delito de difamación agravada; esto se verifica en el fundamento sexto que, a la letra, dice:

(...) para que se configure el delito de difamación agravada por medio de prensa, previsto en el artículo 132 del Código Penal, tienen que concurrir los siguientes elementos: (...) 3. Que exista intención de vulnerar y maltratar el honor del querellante mediante las aseveraciones descritas precedentemente, sin que haya realizado alguna labor de investigación sobre los hechos a los que se refirió, elemento que la doctrina ha denominado el *animus difamandi*.

Insistimos en que se trata de un criterio errado por las razones dogmáticas, procesales y de política criminal desarrolladas en el presente informe de investigación, pero, especialmente, porque vacía de contenido el bien jurídico honor y lo relativiza al someter su protección a cuestiones de probanza de corte estrictamente subjetivas, lo cual, no se condice con el fundamento constitutivo de un Estado de Derecho, donde la ley es fuente principal y creadora de Derecho Penal. Asimismo, afirmamos que la aplicación de dicho criterio resulta innecesario debido a que, como bien se verifica en el recurso de nulidad examinado, la Corte Suprema pese a haber hecho referencia previa al *animus difamandi* como elemento constitutivo del delito de difamación agravada, no repara en analizar -en el caso concreto- si la conducta imputada al querellado se realizó con el anotado *animus*, mucho menos efectúa un juicio de tipicidad subjetiva adecuado, pues, no hace referencia expresa si la conducta se persigue a título de dolo directo o eventual, solo se limita a un análisis de tipicidad objetiva consistente en la trascendencia o

suficiencia ofensiva del contenido de la atribución hecha al querellante, capaz de lesionar su honor. En otras palabras, el juicio de subsunción o de tipicidad realizado por el tribunal no giró en torno a si el querellado tuvo o no la intención de difamar o atentar contra el honor del querellante, sino más bien en determinar si el contenido de la nota periodística tenía la entidad suficiente para lesionar el bien jurídico protegido.

Si bien no compartimos la posición jurídica que recurre a la teoría de los *animus* para determinar si existe o no tipicidad subjetiva en el delito de difamación agravada, empero, tampoco nos parece correcto que la Corte Suprema prescinda de realizar juicio de imputación subjetiva expreso en la motivación de su resolución, pues, más allá de tenerse por sobreentendido que los delitos contra el honor se persiguen solo a título de dolo, no obstante, resulta relevante que se determine de forma perceptible que el actuar del agente fue efectivamente doloso, ya sea en su forma directa (con conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo) o en su forma eventual (con conocimiento de la posibilidad de realización típica y la asunción de la producción del resultado lesivo). A entender de los investigadores el actuar del querellado fue con dolo, pero no directo, sino eventual, ya que, no se acreditó -a partir del caudal probatorio- que la conducta del querellado haya perseguido la consumación del delito de difamación agravada (es decir, haya tenido voluntad de difamar al querellante), sino, publicar una noticia de aparente interés público pero que, finalmente, no guardaba relación con el eje medular de lo que se pretendía informar, considerándose innecesaria su alusión en el texto publicado, situación que permite colegir que el querellado sí fue capaz de representarse la posibilidad producción de un resultado típico, sin embargo, aún así llevó a cabo su conducta.

Reiteramos, tan igual que en el análisis casuístico previo, en que el dolo eventual constituye la última subcategoría de tipicidad subjetiva posible de ser materia de análisis dentro del juicio de tipicidad de los delitos contra el honor, especialmente, del de difamación agravada, sin necesidad de recurrir a los elementos subjetivos distintos al dolo, cuyo análisis solo puede activarse por mandato legal que responde estrechamente a la política criminal peruana sobre la protección del honor y la reputación como bienes jurídicos. Vale agregar que, en la resolución analizada no se advierte, en el análisis de la conducta del querellado -por parte de la Corte Suprema-, la utilización de criterios funcionalistas de imputación objetiva. Se precisa ello porque postulamos la posición jurídica referente en que la forma de asegurar un juicio de tipicidad subjetiva de calidad o adecuado es efectuando de forma previa un correcto juicio de imputación objetiva a la

conducta, haciendo uso de criterios funcionalistas donde se analice la conducta del querellado, verificándose si llevó a cabo acciones diligentes de corroboración de la información que permitan determinar si actuó conforme a su rol pese a haber creado un riesgo no permitido o incrementado uno permitido. La misma directriz funcionalista se seguirá en el análisis de tipicidad subjetiva, donde el dolo en la conducta del sujeto agente no se aborda desde una perspectiva ontológica o naturalista, sino en términos de su función dentro del sistema jurídico, es decir, no gira en torno a la intención de la persona, sino en cómo la conducta desplegada afecta a determinada expectativa social y a la estabilidad de nuestro sistema jurídico. Es propicio precisar que, para el funcionalismo, el dolo eventual se explica desde un enfoque normativo, es decir, se pondrá el conocimiento del sujeto activo por encima de su voluntad.

El procedimiento de análisis típico expuesto facilitará, luego, si fuera el caso, analizar si concurre alguna causa de justificación que elimine la antijuricidad de la conducta típica. De esta forma, se dota de garantías suficientes tanto al querellado, como a la parte querellante dentro de una contienda por acción privada sobre delitos contra el honor; garantías que no sobreprotegen pero que tampoco desprotegen el bien jurídico honor, sino favorecen su debida tutela.

En menester precisar, además que, tampoco se advierte en el análisis efectuado por la Corte Suprema si existe o no causa de justificación alguna que permita establecer que la conducta del querellado, pese a ser típica, se halla justificada. No se hizo siquiera referencia a las reglas desarrolladas en el Acuerdo Plenario N.º 3-2006/CJ-116, es decir, el tribunal no analizó si la conducta del sujeto agente podría estar justificada por el derecho a la información y libertad de expresión, solo se limitó a determinar el carácter lesivo del contenido de la última columna de la noticia publicada y a descartar su interés público, obligando a los justiciables a sobreentender que la conducta no encuentra justificación de ninguna forma.

Dicho esto, tan igual que el caso anterior, compartimos el resultado o fallo de la Corte, empero, disentimos en las formas y criterio jurídicos utilizados para arribar a aquél, al tenor de los fundamentos expuestos y defendidos por los investigadores.

3.4. Caso N.º 04: R. N. N.º 2273-2019/LIMA (Miuren del Rosario Agüero Mori vs. Miriam Beatriz Cabrera Donayre)

3.4.1. Análisis jurídico y posición de los investigadores

En el presente caso, no se realiza un análisis exclusivo de imputación subjetiva que recaiga sobre el dolo, puesto que se evidencia su existencia a grandes rasgos. Ello,

forma parte del análisis del delito, y como es sabido, para el caso de difamación agravada, se debe hacer mayor ahondamiento en la existencia del animus. Cosa que no lo vemos reflejado en sus fundamentos, máxime en el 1.9 donde se indica, como “(...) elemento de tendencia interna trascendente sin el cual la conducta ilícita no llega a configurarse”.

El criterio de aplicación del dolo resulta de corte tradicional conforme a nuestra jurisprudencia; pues se logra demostrar su existencia para este caso, por ser la intención maliciosa legalmente requerida, para la calificación del delito perpetrado por Miuren del Rosario Agüero, quien interpone este recurso defensivo ante la Sala Penal Permanente de Lima.

Es aquí donde se hace distinción, dentro de los elementos constitutivos del delito contra el honor, pues conforme al art. 132 del Código Penal, que a la letra nos dice “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, (...)”. Es claro que el desvalor en el proceder al difundir esos mensajes en un grupo de WhatsApp fue desvirtuar la imagen de la querellante. Lo que a todas luces pareciera acomodarse con la concepción de que el dolo y *el animus difamandi*, vienen de la mano. O hasta podríamos decir, que son lo mismo, no obstante, la disparidad de criterios nos obliga a entender que las concepciones no tienen un basamento en la norma, por lo que no resulta favorable para nuestro sistema jurídico.

En tanto una de las fuentes, qué duda cabe, será la costumbre; por medio de la cual existirá siempre un modo de ver y de interpretar, pero, tal como menciona el doctor Angulo (2022), “Parece ser ya la hora de que se deje descansar a los animus y se atienda más a la técnica jurídica más útil y realista, de modo que se elimine ‘un recurso’ que se presta a ser manipulado, en contra de los intereses sociales”. Es por ello, que en razón de una tipicidad subjetiva desarrollada se atribuye el dolo por su existencia palpable, cuando el acto se realiza con plena voluntad, conocimiento o siendo consciente que dicho proceder naturalmente configura un demérito para el afectado.

En vista de lo resuelto y de los tropiezos que puede dar la jurisprudencia, nuestra propuesta reposa sobre un asidero objetivo, que se sustenta desde el enfoque jurídico funcionalista, pues existe una concordancia más que teórica, ubicada en el objeto social del derecho, pues se asume a través de este enfoque que toda persona en sociedad desempeña un rol, contexto sobre el cual se ajusta todo acto que éste realice, en función a su desempeño en la sociedad. Y como tal, dichas normas de índole social según el funcionalismo prescriben la forma de actuar, de todos los grupos humanos, incluyendo a

las personas de ciencia, ingeniería, periodismo, de distintos oficios o actividades, que se rigen por las normas del derecho común y también por su respectivo código de ética, que por criterios de especialidad asientan el control debido de cada uno para garantizar su aporte funcional en la sociedad.

Para hablar del criterio de aplicación de la teoría de los *animus* es un referente para nosotros, el fin práctico de la norma, y también el principio que en ellas reposa, la legalidad. Sin embargo, aquellas categorías que se desprenden de su aplicación, no siempre se originan en la norma. En el caso en cuestión, se presenta el *animus difamandi*, como un agregado que por mínimo que parezca representa sólo un atisbo pendular del aspecto subjetivo en el análisis del delito de difamación agravada. Aquello es requisito y condición necesaria para que se configure el mismo, pero estamos seguros – tras el estudio del presente recurso de nulidad - de que [no] es el fondo del asunto, ya que de su análisis per se, se entiende que no hubo intención de desarrollarlo.

En palabras de Angulo (2021):

(...) algunos casos jurisprudenciales que, a nuestro entender, ponen en evidencia la necesidad de superar la utilización del *animus injuriandi* y el *animus difamandi*, pues que se aprecian como casos en que se manipula tal *animus*, argumentando caprichosamente que no se presenta, sin tomarse la molestia de ni siquiera conceptuarlo. (pp. 121-122)

Y es que, a partir de ello, lo que no permiten arribar a un desarrollo es el poco interés de conceptualizar esta figura jurídica, y hasta podemos evidenciar la falta de criterio de ubicar a la difamación agravada como un delito de tendencia interna trascendente, pues teóricamente no sucede esto. Ya que según Villavicencio (2015) se trata de delitos cuya existencia necesita de una intención especial que no corresponde a la parte externa objetiva, dicha intención únicamente responde a la búsqueda de un resultado diferente al exigido típicamente y por lo tanto no será exigido para que el delito se concrete, debiendo entenderse solo para efectos de brindarle solvencia al tipo.

Lo correcto, creemos que debería ser ubicada en los delitos de tendencia interna intensificada, pues conforme afirman Jescheck y Weigend (2002), en estos delitos el tipo describe solo un determinado contenido de la voluntad del agente. Tal es el caso de asesinato, conforme al artículo 08 del numeral 03 del Código Penal, que a la letra señala “el que mate a otro (...) con gran crueldad o alevosía”. Siendo evidente que será la voluntad del agente el único elemento que le va a conferir a la conducta delictiva un particular carácter de especial peligrosidad para el bien jurídico.

El criterio que se maneja en la presente jurisprudencia no se escapa de lo que, comúnmente, podemos percibir como una falta de rigurosidad al momento de efectuar el estudio del tipo penal, en los delitos por acción privada. Lo que a nuestra consideración se asemeja mucho lo que postula el doctor Angulo (2021), antes mencionado cuando explica sobre la necesidad de superar el uso del *animus injuriandi* y el *animus difamandi*, y menos de probarlo.

3.5. Caso N.º 05: R. N. N.º 1102-2019/LIMA (César Emilio Rodríguez Larraín Salinas vs. Cristian Andrés Said Montiel)

3.5.1. Análisis jurídico y posición de los investigadores

Un análisis profuso del presente caso nos convierte en observadores de las circunstancias en las que un ánimo plenamente difamador – propias del sujeto activo –, puedan manifestarse con frases potencialmente ofensivas al honor de una persona. En este caso, el señor Cristian Andrés Said Montiel es querellado por César Emilio Rodríguez Larraín (presidente del Directorio de la empresa aerolínea LAN PERÚ), por el delito de difamación agravada (Artículo 132 del Código Penal), a raíz de un agravio perpetrado hacia su persona, a través de una red social “Facebook”. En donde, a raíz de un comentario sobre la mala experiencia en la atención que recibió un usuario de nombre Hector Maggi, el querellado hizo un comentario con la siguiente expresión: “#Perú # Gracias LAN y su CORRUPTO PRESIDENTE, ES UNA BASURA#”.

Podemos identificar algunos aspectos relevantes que permitieron un fallo prudente que, a consideración de los tesistas, se ajusta a derecho y logra demostrar la existencia del dolo y el *ánimus difamandi*, en la conducta del sujeto activo del delito de difamación agravada, de una manera en particular. Entre los argumentos expuestos por el recurrente se alega que no se observó la formalidad prevista y no se analizó correctamente el recurso de apelación en segunda instancia; asimismo [que] se vulneró la prohibición de revivir procesos fenecidos. Pues a resultas del análisis de los hechos, se tomó en conocimiento que existió una querella anteriormente contra su persona; el cual fue archivada por no haberse identificado la cuenta por medio de la cual se realizaron las ofensas.

A raíz de lo mencionado en el párrafo anterior, no se presentó un supuesto de cosa juzgada, no por el hecho de que no se haya declarado la existencia de indicios suficientes, sino porque no se habría individualizado debidamente al querellado. Y a la falta de un presupuesto procesal como lo es, su no identificación de manera categórica deviene en un defecto subsanable, que en dicha instancia no se corrigió. Por lo tanto, el recurso

defensivo formulado ante el *ad quem* no pudo haber prosperado bajo las circunstancias alegadas; motivo por el cual en el presente proceso el Fiscal Supremo en lo Penal, declara no haber nulidad en la sentencia de segunda instancia, confirmando la de primera instancia, aquella que condena como autor del delito de difamación agravada a Cristian Andrés Said Montiel, en agravio de Cesar Emilio Larraín Salinas.

Sobre la particularidad, dentro del análisis de los hechos y aplicando algunas nociones de la teoría del delito, como las estudiadas en el primer capítulo, vemos que la principal cuestión se centra en el análisis de tipicidad, puesto que, dentro de ella y posterior al desarrollo de la imputación objetiva correctamente encuadrada en el tipo penal – dicho sea de paso –, sigue su análisis detenidamente en la imputación subjetiva, donde el dolo y su hallazgo son el principal elemento que permiten un pronunciamiento conforme a ley; pues bajo la *concepción normativo funcionalista* – adoptada en nuestra legislación –, y desarrollada en el segundo capítulo, es innegable el contenido claro del honor, que descansa sobre la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de participación social que le dé merecimiento sobre su actuar. Esta teoría explica que, para determinar la responsabilidad en los delitos contra el honor, como la difamación agravada, debemos centrarnos en el grado de lesividad de la expresión utilizada o la atribución que se realiza al hacer un señalamiento denigrante sobre un hecho, calidad o conducta, que dañe el honor de una persona, pero [no] sólo ello, sino que la mera posibilidad de difundirse a través de medios públicos – como lo es Facebook –, que es un elemento constituyente y agravante del tipo.

En el fundamento quinto de la resolución se menciona lo siguiente:

QUINTO. Que las frases emitidas por el encausado Said Montiel son patentemente ofensivas. Denotan un ánimo marcadamente difamador. Decir a una persona, a través de una red social, de acceso público – quien, por lo demás es una persona pública –, que es un “corrupto” y, además una “basura”, a propósito de la queja de un ciudadano, por lo que consideró una atención indebida de la aerolínea que dirige el agraviado, no tiene justificación ni exculpación alguna, ni siquiera tiene vínculo causal con la queja pública del cliente de Lan Perú, y permite sostener que buscó una minusvaloración del honor y reputación de la víctima.

El dolo, como elemento subjetivo, se advierte de las propias expresiones escritas utilizadas y del contexto en que se dijeron –el hecho psicológico o interno se prueba mediante prueba por indicios –. Afirmar sin más que, como persona, se es

corrupto y una basura es una ofensa manifiesta o palmaria. Mas allá de lo impropio de la teoría de los ánimos para excluir el elemento subjetivo en el delito de difamación, lo esencial es determinar la intención ofensiva desde los términos utilizados por agente activo y el contexto en que se expresaron.

La sala penal permanente, interpreta de los hechos la existencia del dolo directo, conforme a la *concepción normativo funcional*, si bien no se menciona expresamente con su nómen iuris dogmático-penal, queda demostrado el sustento que la expresión en comentario: “corrupto” y “basura”, tienen como finalidad un detrimento directo del honor y de la reputación (reconocimiento social de la misma) del agraviado. Se evidencia además, el carácter público de la condición social de la persona lo que realza la posibilidad de lesión de este bien jurídico; así también de la ratificación de la intensión que persigue por la evidencia de hechos posteriores (nuevos comentarios dañosos en Facebook) al comentario materia de análisis, que nos permiten determinar la existencia de un *animus difamandi*, que si bien no se concibe como un apéndice del dolo sino más bien, como un elemento subjetivo distinto al mismo cuya probanza se dificulta según innumerable jurisprudencia; se torna fácilmente superable en el presente caso, pues la sala reconoce su contenido impropio por lo poco desarrollado dogmáticamente, el cual no resiente su pronunciamiento y mucho menos lo obnubila.

Partiendo de ello, podemos decir que el criterio de identificación del *animus difamandi*, siguió la misma suerte del hallazgo del dolo directo (como si se trataran de lo mismo), logrando acentuar la irrelevancia en su identificación exclusiva y excluida del dolo *per sé*, siendo este último un elemento configurador para el juicio de imputación objetiva, que bajo el *concepto normativo funcional*, se enfocó en la literalidad de las ofensas proferidas y el contexto, para confirmar así la intensión dañosa o dolosa. Ello bastó para demostrar la existencia del *animus difamandi*, sin disociarlo del dolo, porque se logra demostrar la intención ofensiva sólo con la literalidad de lo expresado, prescindiendo de su desarrollo como delito de *tendencia interna intensificada*.

Actualmente, a la vista de este caso, consideramos que no hubo necesidad de utilizar el dolo eventual, debido a que en el criterio desarrollado líneas *ut supra*, se sostiene que el *animus difamandi*, sólo se desprende de la existencia del dolo directo, sobre el cual yace la existencia del mismo como en el presente caso; tampoco se aplicó el enfoque de la teoría funcionalista del delito, toda vez que quien realizó el hecho típico no incurre en un quebrantamiento de un rol o función profesional en su conducta, dado que el sujeto activo del delito no desplegaba en su actuar reprochable una actividad

divulgadora, propia de un profesional de opinión periodística, en algún medio de comunicación o de prensa. Quedando en total evidencia la existencia de los elementos cognitivos y volitivos del dolo directo; pues el conocimiento y voluntad de dañar el honor y buena reputación resultan ser directas y proyectables en las frases emitidas por el encausado, patentemente ofensivas.

3.6. Caso N.^o 06: R. N. N.^o 449-2009/LIMA (José Paolo Guerrero González vs. Magaly Jesús Medina Vela)

3.6.1. Análisis jurídico y posición de los investigadores

Es posible definir una línea de análisis poco conservadora. Pues el atrevimiento de los estudiosos de la dogmática penal, hasta el momento no ha roto paradigmas, ni embrollos sobre la aplicación de instituciones jurídicas de naturaleza subjetiva en el derecho penal como lo son el dolo y sus elementos anímicos. Es evidente que relevar más de la cuenta nos lleve a un laberinto de paradigmas y criterios poco alentadores, que los operadores de justicia puedan emitir respecto al objeto de estudio, poco difíciles de reunir y sustanciar; por lo que nos inclinamos al estudio de un modesto número de casos, siendo este último el más importante de ellos. No por su carácter mediático, sino porque en él se agrupan todos los elementos que abarcan el desarrollo de nuestro tema de investigación.

La falta de claridad en la aplicación jurídico penal, contra los actos atentatorios al honor y la buena reputación, crean una disfunción en el derecho (de necesaria corrección), cuyo diagnóstico involucra tres aspectos: el material, procesal y hasta el político criminal, respecto – específicamente – del delito de difamación agravada. Es por ello, que el caso de Paolo Guerrero vs. Magaly Medina es un considerado acierto de la jurisprudencia peruana donde se delinean todas las categorías necesarias por medio de un análisis correcto y prudente, desde el elemento más importante en el trazo de teoría del delito, la tipicidad y prioritariamente su juicio de imputación subjetiva.

Sobre los hechos del caso, más allá de las particularidades y su carácter mediático, de manera concreta se tiene que Magaly Jesús Medina Vela y Ney Víctor Guerrero Orellana (querellados), fueron acusados de haber difamado a José Paolo Guerrero Gonzales (querellante), por el delito de difamación agravada; siendo la primera en su calidad de directora / conductora y el segundo en calidad de productor del programa “Magaly Teve”, por medio del cual se difundió la noticia de fecha martes 20 de noviembre del año 2007, de que la conductora tenía en su poder imágenes del futbolista,

que demostraban que se habría escapado de la concentración previo a la partido de fútbol de Perú vs. Brasil, durante las eliminatorias rumbo al mundial Sudáfrica 2010.

Posterior a esa fecha, la difusión de dicho suceso se dio de forma reiterada, siendo en la revista “Magaly Teve una Revista de Miércoles”, publicadas las fotos que supuestamente correspondían al lugar, fecha y hora donde se encontraba el jugador, tal como se corroboran en la edición número ciento ochenta y siete, de fecha 21 de noviembre del mismo año, publicación en la cual se afirma y ratifica, que el jugador se encontraba acompañando a persona de sexo femenino (Fiorella Chirichigno) saliendo del restaurante “Fridays”; tal como registran y muestran públicamente las fotografías tomadas por el equipo periodístico de la querellada, a horas 02:07 a. m. de fecha 17 de noviembre del 2007, previo al partido. Haciendo reiterancia en las ediciones siguientes como la número ciento ochenta y ocho y ciento noventa de la mencionada revista.

Posterior a la emisión de la noticia no hubieron conjeturas, dudas ni cuestionamientos de ninguna forma que hayan sido manifiestas por parte de la querellada y su programa, más que el hecho de aunar en afirmaciones rotundas y categóricas sobre la información publicada en la revista y en medios televisivos a nivel nacional y hasta en su página web, cuya gravosidad catalogaba repudiablemente al jugador, por su “falta de profesionalismo” para con la selección nacional, viéndose comprometida la connotación de su carrera no sólo a nivel local, sino a nivel internacional, y una determinada cifra de relaciones contractuales por celebrar. Bajo la consigna de que el titular de la selección no tuvo un rendimiento satisfactorio además que se mencionó producto de la propalación de dichas noticias, que habría estado en “estado de ebriedad”, viéndose afectado económicamente por las pérdidas del dinero en programas comerciales, sponsors y demás, que dejó de percibir.

Bajo la literalidad de lo descrito es que se dieron los hechos del presente caso, motivo por el cual, el querellante plantea una querella por difamación agravada conforme al artículo 132 del código penal, el cual tuvo una sentencia favorable que condena a (05) cinco meses de pena privativa de la libertad, más días multa y reparación civil respectivamente. No conforme con ello la querellada apela la resolución de primera instancia, la cual fue confirmada por el *ad quem*, siendo reformada en el extremo de la pena, a (02) dos años con (01) año suspendida, bajo reglas de conducta y demás. Siendo así, la querellada y su defensa considerando que el pronunciamiento de ambas instancias resulta lesivas a su derecho, y por una serie de fundamentos; deciden formular el recurso de nulidad bajo los fundamentos que veremos a continuación.

La defensa de Magaly Medina, plantea el recurso de nulidad, buscando que la sentencia venida en grado sea declarada nula por: i) haber vulnerado la garantía procesal constitucional del derecho a probar (por declarar improcedente la nulidad deducida contra el testimonio del querellante y declarar la sustracción de la materia del incidente de apelación del auto de no admisión), ii) no se efectuó una debida valoración de la prueba, afectándose el derecho a la valoración de la prueba de descargo que aportó y ofreció la querellada, iii) se vulneró la garantía constitucional a la legalidad penal porque en el caso de autos se presenta atipicidad de hechos, por la falta de elementos típicos (imputación objetiva), por no valorarse el principio de confianza, así como también la falta del elemento típico dolo, debido a que la querellada no participó en el control de las fuentes de información y no se advirtió el incumplimiento de la existencia de la verdad.

Respecto a la admisión del presente recurso, Paolo Guerrero fundamenta en su formulación, que no hay motivo ni razón de declararse la nulidad, y debe mantenerse la decisión tomada por la sala; a lo que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, por medio del recurso de nulidad esgrime en cada uno de sus considerandos, los puntos más importantes a tener en cuenta; destacando – para efectos de esta investigación – el punto tercero, respecto a la alegación del supuesto de atipicidad por no haber valorado del principio de confianza y la ausencia del dolo, dentro del juicio de tipicidad subjetiva.

De ello se desprende su análisis – más allá de la alegación de causalidad material –, en un proceso de producción de la información donde se pretende por parte de la recurrente, desvincular su actuar, del hilo de responsabilidad de la noticia propalada; por existir el “principio de confianza”. Si bien se alega una vulneración al principio constitucional de legalidad, por ser un hecho “atípico”, no reúne un basamento claro ni preciso, pues la Sala, considera en su fundamento *sétimo* que:

(...) la defensa técnica de la querellada sostiene que esta actuó bajo los alcances del principio de confianza en tanto que el proceso de producción de la información implicó la actuación de diversos agentes y una concreta división de trabajo; que, al respecto, es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas componen el proceso de trabajo. Esto implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo, y, por lo tanto, un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como siempre no es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise

el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo. (...) Así cuando ha precedido una adecuada selección del personal, dicho principio, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no lo haya provocado dolosamente (...).

La Sala, entre otras razones, deja claro que la conducta de la recurrente, como querellada se ubicaba en una labor periodística que por riesgosa (riesgo permitido del acto), implica una separación exacta de roles en todos los miembros del cuerpo periodístico que conformaban su programa televisivo. Evidentemente hasta cierto punto, la excusa de la defensa de Magaly Medina, se sustentaba teóricamente correcta; pero fácticamente no tenía fuerza para alegar dicho principio; pues bajo el “proceso de control de la información” esta organización vertical – tal como menciona la sala –, dependía de la autorización de la querellada para su puesta al aire y posterior conocimiento público. Lo cual, desatiende por completo la alegación del principio de confianza, por no resentir su obligación directa en calidad de directora y conductora el programa de televisión, siendo para la sala, propio del deber de garante que le dota de capacidad para responder ante las consecuencias del despliegue de dicha información. Esta función de garante atribuida a la recurrente, descansa sobre lo siguiente:

(...) i) que el contenido de las fotografías del querellante José Polo Guerrero Gonzales, le fueron comunicadas previamente a su difusión, por ende, conocía de modo perfecto y pleno la forma y circunstancias como éstas se obtuvieron y por quién; ii) interviene en el proceso de control de la información, ordenando al Jefe de Investigación y Editor que no corrobore la veracidad de la información, sino que se confirme un dato periférico relacionado a si los seleccionados de fútbol tenían autorización para salir de la concentración, lo que permite establecer su vinculación con la labor de control sobre la fuente de peligro (riesgo respecto al error que podía cometerse); iii) sabedora que la fuente de información era el fotógrafo Carlos Alberto Guerrero Lozada, no realizó un procedimiento objetivo de control de la información, esto es, que en su deber de garante no constató suficientemente las fuentes a fin de obtener un grado razonable de seguridad sobre la adecuación de los hechos a la realidad o, lo que es igual, cuando difunde la noticia con “temerario desprecio hacia la verdad”; iv) la declaración instructiva de la querellada de fojas cuatrocientos ochenta y seis resulta contradictoria respecto a la delimitación de roles con la del director Asociado de la revista, Cesar Lengua López de fojas ochocientos veintiuno, a quien la defensa técnica de la

querellada trató de atribuir la responsabilidad del proceso de producción de la información que se difunde en la revista. (...).

Que la Sala infiera fácilmente que no existió una delimitación trazada de los roles en todo el proceso de producción la información, es congruente con la verificación de todas las pruebas merituadas en las instancias correspondientes que generaron íntima convicción sobre los hechos alegados – garantizando el debido proceso –, esto es, que no existe discusión sobre cada aspecto descrito por el *ad quem*, sobre la responsabilidad de Magaly Medina en su función de garante, que en lugar de idónea y de acorde a su rol y experiencia, [no] hizo el acopio de los medios requeridos para establecer la certeza de la información y su verosimilitud, actuando al margen de la diligencia necesaria antes de publicarla o difundirla. Según el artículo 4 del Código de Ética del Colegio de Periodistas del Perú, se señala que todo profesional, debe “*Ubicar informaciones y documentos cuyo origen haya sido plenamente verificado, sin suprimir, desnaturalizar, ni añadir hechos que puedan tergiversar la información*”. Esto, hace referencia esencialmente a una labor especial de corroboración de la información, la misma que se logra estando en las condiciones de poder realizar tal verificación.

Lo mencionado en el párrafo anterior, se centra en la posibilidad de corroborar la información que se pretende publicitar, en aras de prevalecer la protección del bien jurídico honor de la persona de quien se dice o se tiene la noticia; toda vez que será el único respaldo en que la actividad periodística repose, aquella que lo deslinda toda atribución subyacente a la verdad. Pues, no cabe duda que al ser una actividad de riesgo (jurídicamente permitida), incurrir en una mala práctica periodística, puede incrementar el riesgo permitido y, por ende, desencadenar la puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos como lo son el honor, a través del delito de difamación. Ello en consonancia con lo establecido por la Sociedad Nacional de Radio y Televisión que, en su Código de Ética, artículo 3, sobre los principios que rigen la prestación de los servicios de radiodifusión, en los siguientes incisos: “a) La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (...); e) La libertad de información veraz e imparcial. (...); j) El respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar”.

Así refuerza Angulo (2021) al sostener que tanto la radio como la televisión, tienen o deben tener un manejo cualitativo del conocimiento de la persona humana y todo el eje normativo que le ataña, colocándola sobre la palestra por la existencia, reconocimiento y protección de su dignidad, pues viene a ser el núcleo duro del derecho al honor, siendo este derecho el baluarte de la dignidad de la persona. Es así que el caso

Paolo Guerrero vs. Magaly Medina, ausulta un deber omitido por parte de la querellada; pues el periodismo proclive a exceder el ámbito de lo permitido, para no colisionar con una norma prohibitiva de “no afectar el honor de las personas”, requiere de un mayor control de las fuentes de peligro que amenacen este bien jurídico.

Se evidencia entonces, que existió una renuencia o desatención de verificar dichas fuentes de información, conformándose o asumiendo el resultado, lo cual quiere decir, que la vulneración del honor del querellante era altamente probable al representarse la vulneración de la norma, pues conociendo por criterio de cualificación las consecuencias de la información publicitada –por ser la directora/conductora de un programa de espectáculos–, esta decidió proseguir con su conducta. Ahora bien, según la teoría normativo funcional del dolo –anteriormente desarrollada–, la lesión del bien jurídico honor, se ciñe únicamente a la atribución, de una cualidad, hecho o conducta, lo cual requiere que nos remitamos a la expresión de lo dicho a través de medios periodísticos, para que pueda configurarse el delito de difamación agravada. En este caso, es el hecho que por no corroborado y sin respeto al principio de veracidad, deja en un segundo plano la necesidad de enfocar los esfuerzos en demostrar la existencia del *animus difamandi*, en la conducta de Magaly Medina, pues en este recurso de nulidad, en pleno año 2009, apenas se acrecentaba la disparidad de criterios que iban y venían, sin un enfoque o suelo concreto que sustente su necesidad probatoria de este elemento subjetivo distinto al dolo, para estos delitos.

Dejando claro esto, y apoyándonos en las posturas que sustentan el desuso u obsolescencia de la teoría de los *animus*, que fueron analizadas líneas *ut supra*, es menester apuntar a un supuesto de hecho donde, como vimos el caso, existe una situación de dolo eventual, y que de la conducta del sujeto agente no se merme la aplicación correcta de la teoría del delito y menos la consecución del Estado en la política criminal que aborda, así como lo que legalmente se encuentra prohibido en el código penal peruano, sometido al cumplimiento del principio de legalidad. Asumir una situación como esta, permite resolver sin necesidad de irnos a modelos foráneos y superados que nos exigen elementos subjetivos distintos al dolo, que no se adecuen a la realidad peruana; en otras palabras, la forma y criterios utilizados por la Corte Suprema en la resolución del presente caso resultan de necesaria réplica en cualquier conflicto penal sobre delitos contra el honor, especialmente, los referidos al delito de difamación agravada. Reconocer ello, constituye, a todas luces, un paso importante para no desproteger el honor, visto como derecho o bien jurídico; a razón de la preponderancia

constitucional que este conlleva y tener como sustento único, la dignidad de la persona humana, proyectada y/o extendida en lo que llamamos buena reputación.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. SEGÚN SU APLICABILIDAD O PROPÓSITO

a. Básica.

Según el investigador Carrasco (2006), este tipo de investigación:

Es la que se realiza con la finalidad de producir nuevos conocimientos para ampliar y profundizar las teorías sociales, no está dirigida al tratamiento inmediato de un hecho concreto, ni a resolver una interrogante fáctica, sino, que únicamente es una investigación para profundizar la información sobre las relaciones sociales que se producen en el seno de la sociedad. (p.49)

Lo que, en palabras nuestras, en referencia al autor en mención, nos permite aumentar el caudal de conocimientos de forma progresiva a los saberes previos sobre la materia en estudio. Considerando que, si bien la investigación nutre su calidad en el devenir del proceso investigativo con toda la información acopiada, sin embargo, una investigación básica no compele el observar campos relacionados al objeto de estudio, más solo los cohesionan de forma lógica.

Dicho esto, la presente investigación pretende aportar criterios a nivel dogmático que puedan garantizar la debida tutela del honor, entendido como bien jurídico, el cual, a la vista y certeza de los aconteceres mediáticos viene siendo constantemente lacerado, disfrazando la sinrazón de una exigencia jurisprudencial no legislada con impunidad.

A lo largo del presente informe se logró explicar la obsolescencia de la anotada exigencia jurisprudencial en el delito de difamación agravada (artículo 132, segundo párrafo del CP) fundada en la teoría de los ánimos (*animus difamandi*), no alejándonos de las teorías subjetivistas tradicionales por el mero hecho de hacer un cambio irrazonado, sino con el fin de trazar un sustento protector del bien jurídico honor fundamentado en la dogmática penal contemporánea funcionalista, siendo nuestro caballo de Troya el dolo en su tercer nivel de graduación, esto es, el dolo eventual.

3.1.2. SEGÚN SU NATURALEZA O PROFUNDIDAD

a. Descriptiva.

En palabras de Carrasco (2006): “En este nivel se conoce, identifica y describe las características esenciales del fenómeno social en estudio, respondiendo las preguntas: ¿cómo es?, ¿cuáles son?, ¿dónde están?, ¿cuántos son?, etc.” (p.50).

Partiendo de la premisa sobre la cual se asienta la presente investigación, resulta ser descriptiva en propiedad, la misma que nos ha permitido tomar un conocimiento de la realidad únicamente relacionada al objeto de estudio, identificando los aspectos y aristas, cuya organización lógica y estructurada, conformen la información necesaria para ubicarnos en el problema de investigación y arribar a posibles soluciones, como se ve expresada en la hipótesis formulada.

Como hemos visto, el círculo de la descripción se concentra en el problema de la exigencia jurisprudencial del *animus difamandi* como elemento del tipo subjetivo distinto al dolo en el delito de difamación agravada, exigencia que, además de no ir de la mano con el paradigma dogmático penal actual, desatiende los principios y garantías constitucionales para la debida tutela del bien jurídico honor. Partiendo de tal descripción, se determinó que la solución está solo en la exigencia del dolo como elemento subjetivo, prestándole especial atención al dolo eventual (tercer nivel de graduación), pero desde un enfoque funcionalista, permitiendo una adecuada tutela del honor, como derecho fundamental y bien jurídico, en nuestro país.

Asumiendo el compromiso investigativo que conlleva el precisar tanto el tipo de investigación por su nivel o profundidad es menester indicar que, a través de esta clasificación, nuestra investigación se encaminó por el diseño de investigación jurídica, descriptivo-propositivo. Porque no sólo nos centramos en describir la realidad problemática advertida, sino que apuntamos al planteamiento de propuestas de solución como bien se hizo mención líneas *supra*. Asimismo, su desarrollo formó parte del apartado metodológico del presente proyecto de investigación.

3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

El desarrollo de nuestra metodología de estudio ha considerado diversos aportes que fortalecen el tratamiento de su aplicación, desde un aspecto general al más específico (en el derecho *per sé*). Esto debe estar sustentado en cánones fijos, de los cuáles, Pimienta y De la Orden (2017) nos dan luces al decir que:

(...) para llevar a cabo cualquier investigación científica es necesario establecer un plan o procedimiento ordenado en la búsqueda de soluciones a los problemas que se plantea, es decir, una metodología. Por metodología debemos entender al conjunto de métodos, modos de obrar o proceder con un orden determinado, usados en alguna disciplina científica establecida en la que se busca alcanzar un determinado conocimiento; también es posible definirla como aquella parte de la

lógica que estudia los métodos, es decir, las características, estructura, funciones y tipos de métodos de investigación existentes, así como los principios generales que regulan toda investigación científica. (p. 39)

En la misma línea de interpretación sobre el método científico, ha quedado claro que los pasos destinados para la obtención del conocimiento en el área del derecho son la garantía para el logro del fin último del presente proyecto de investigación. A partir de ello, y de la información disponible luego de una minuciosa búsqueda de material especializado, nos encargamos de la elección de los métodos de investigación apropiados con la respectiva justificación sustentada en los siguientes aportes de diversos especialistas autorizados en metodología de la investigación a nivel general, así como a nivel de la investigación aplicada al campo jurídico.

Arribando a un suelo concreto, sobre el ¿qué? o ¿cuáles? de los métodos aplicables serán seleccionados, es imperativo trazar el concepto de método que será manejado sobre todo este proceso investigativo. Siendo así, puede entenderse que:

(...) la palabra método hace referencia al camino que se sigue para lograr algo, conseguir un objetivo o resolver algún problema; también podría ser definido como aquel proceso ordenado y sistemático de actividades, técnicas y acciones diseñadas para alcanzar una meta. Aplicado a la investigación científica, el método es una forma planificada de trabajar, mediante el empleo de habilidades ordenadas para la adquisición de conocimientos, por ejemplo, los pasos que se siguen para llevar a cabo un experimento químico o la manera de organizar la información para preparar un ensayo o artículo de divulgación científica. Uno de los factores más importantes que distingue al método como sustento del conocimiento, es el tipo de razonamiento en el que se apoya el estudio de un fenómeno, es decir, la manera como el pensamiento humano opera, emplea y aprende a identificar formas correctas para resolver problemas. La primera descripción de lo que en la actualidad entendemos por método científico se conformó gracias a los hallazgos de diversos pensadores y estudiosos a finales del siglo XVI y comienzos del XVII. Esta primera definición coincidió con el acelerado desarrollo de las ciencias naturales o experimentales alcanzando durante esa etapa, mediante el cual se logró reconocer la importancia fundamental de la experiencia y la observación, como fuente del conocimiento. (Pimienta y De la Orden, 2017, p. 41)

Del extenso catálogo de métodos de investigación general, se seleccionaron (02), que a continuación mencionamos y sustentamos, en los dos primeros sub-acápite:

3.2.1. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

a. Método descriptivo.

Una de las funciones principales del método descriptivo es la capacidad para seleccionar las características fundamentales del objeto de estudio y su descripción detallada dentro del marco conceptual de referencia. Pero para ello es importante también ubicar los indicadores cuantitativos y cualitativos que posibiliten esta descripción y caracterización. Naturalmente, se deberá ubicar dónde se da el fenómeno, para posteriormente señalar las principales características, selección que se hará bajo la guía de una marco teórico-metodológico de referencia. También se podrán describir las diferencias que existen entre dos o más subgrupos de una población. (Cerda, 1993, pp. 73-74)

Busca especificar las propiedades, características, perfiles y otros rasgos, de una persona, grupo, comunidad, sociedad, así como procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un estudio o análisis; con el objetivo de medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o variables a las que se refieren, descartando en sus objetivos, el conocer cómo se relacionan (Rodríguez, 1995).

b. Método inductivo.

Es posible definir la inducción como una forma de razonamiento por medio de la cual se transita del conocimiento de casos particulares a un conocimiento más general. Tal método es utilizable, porque en la naturaleza existen objetos que tienen características comunes, es decir, se puede detectar lo común en los fenómenos individuales. El gran valor de este método consiste en que posibilita generalizaciones sobre la base del estudio de fenómenos singulares, con lo cual crea las condiciones esenciales para la confirmación empírica de la hipótesis. (Díaz, 2009, p. 131)

En palabras concretas, el método inductivo tiene su basamento en el proceso lógico de la inducción, por medio del cual el investigador determina conclusiones generales, desde el análisis y observación de sucesos particulares, que tras contrastarse se tiene por ciertas, debido a que se basan en un empirismo directo (Pimienta y De la Orden, 2017).

Una vez fijado el parámetro de los métodos generales que fueron usados, detallamos los métodos de investigación jurídica afines al problema de investigación, cuyo desarrollo merece un énfasis jurídico para poder enfocar de manera óptima el proyecto de investigación. Tal como veremos en el siguiente punto.

3.2.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Según Ramos (2018) desde un enfoque científico del derecho; la investigación científica no es otra cosa que una búsqueda orientada con pilares definidos y un propósito claro con miras a obtener nuevos conocimientos. El carácter científico o científicidad - como le llama -, en todas las veces, admite la preexistencia de un paradigma de razonamiento en el que convergen determinados elementos importantes, tales como:

Un **objeto** reconocible de estudio, que esté definido de tal modo que sea reconocible por los demás. Dicho objeto no es necesariamente físico. La “contratación electrónica”, por ejemplo, sería un buen objeto de estudio, aunque nadie la haya “visto” nunca por medios sensoriales. Lo mismo sucede con casi todos los fenómenos que interesan al investigador jurídico.

Una serie de afirmaciones **originales** sobre dicho objeto. Esas afirmaciones no pueden haber sido dichas antes (salvo el plagio), o si lo fueron, deben aportar una óptica nueva. No es científico - pero sí una pérdida de tiempo y energía - volver a postular la tridimensionalidad del Derecho. Sí sería científica, en cambio, una tesis en la que se evalúe la validez de esa teoría, siempre que el enfoque sea nuevo y que también lo sean las conclusiones.

La **utilidad** de los resultados de la investigación. Así, aquello que se demuestra en la tesis debe significar un avance en el conocimiento sobre la materia. El aporte tratará de ser imprescindible para quienes en el futuro aborden el tema. De hecho, la importancia científica será proporcional a la indispensabilidad de la contribución.

Los elementos que permitan la **verificación** o la **refutación** de las propuestas que contiene la investigación. Estos elementos son las fuentes que citamos en cada página de nuestra tesis, a veces de manera textual, otras sólo mediante referencias y envíos a los autores citados (...). (Ramos, 2018, pp. 96 - 97)

Entender lo referido líneas *supra*, sobre los cuatro aspectos a tener en consideración al determinar el carácter científico del objeto de investigación jurídica, nos faculta a poder elegir de manera consciente sobre los métodos pertinentes que nos permitirán desarrollar el problema de investigación, es así que tenemos:

a. Método dogmático jurídico.

La dogmática se erige como el método convencional por excelencia en el Derecho. Este pretende tratar científicamente el ordenamiento jurídico con el fin de conocer sus particularidades, compartir ese conocimiento adquirido, darle utilidad y optimizarlo.

Según Cruz (2016), se elabora con el derecho objetivo “puro” (no aplicado), siendo su estudio teórico en puridad, sobre la base de abstracciones. Las cuestiones del investigador se van a realizar, anticipadamente, respecto a las normas jurídicas, advirtiendo posibles supuestos, proponiendo la promulgación, supresión o modificación de las mismas. Por lo que, ineludiblemente, a partir de ello el legislador propondrá fórmulas legislativas de aplicación en su entorno. A entender de Torres (2015):

A la dogmática jurídica se le denomina también *ciencia dogmática, sistemática jurídica, jurisprudencia* (en su acepción clásica), *teoría del derecho positivo*, o simplemente, *ciencia jurídica* o *ciencia del derecho*. Su objeto de estudio es el ordenamiento jurídico vigente en un determinado espacio y tiempo. Por cierto, que la dogmática jurídica no estudia únicamente la estructura del ordenamiento jurídico desprovisto de todo elemento social y valorativo (aspecto formal del derecho), sino relacionándolo con la realidad social a la cual se aplica (aspecto social del derecho) en lugar y momentos determinantes (perspectiva espacial), y con las valoraciones predominantes en esa sociedad (aspecto axiológico). Los conceptos, doctrinas y teorías jurídicas, no se construyen solamente en torno a la ley (el esqueleto formal del derecho), sino, esencialmente, sobre la base de la realidad social en la cual se crea, interpreta y aplica el derecho y las valoraciones que en ellas son predominantes. (p. 198)

b. Método sociológico jurídico

Según sostiene Cueto (1982) este método tiene su principal valor agregado en lo siguiente:

(...) el poderío de la justicia social, que encuentra su expresión en el método sociológico. La finalidad específica del Derecho, el bienestar social, domina a los demás métodos. Por lo tanto, cuando se recurre a dichos métodos con el objeto de determinar hasta dónde una norma preexistente debe ser extendida o restringida, es necesario que el bienestar de la sociedad sea el que marque el rumbo. (...) el método sociológico presenta dos atributos (...). En primer término, es “el árbitro entre otros métodos, determinando en último análisis la elección de

cada uno, sopesando sus respectivas demandas, poniendo límites a sus pretensiones, equilibrándolos, moderándolos y armonizándolos a todos. Esto equivale a decir que el método sociológico es algo más que método; es algo de naturaleza fundamental, en cuyo mérito se opera la selección metódica para desarrollar los principios y las normas de modo adecuado con los requerimientos del bienestar social. En una palabra, el método sociológico es equivalente a valoración judicial. (p.80)

3.2.3. MÉTODO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

a. Método exegético.

También es conocido como método literal, el cual no desentraña sentidos ajenos a lo que consta expresamente en la norma, podemos decir así que:

(...) procedimiento de interpretación consiste en averiguar lo que la norma denota mediante el uso de las reglas lingüísticas propias al entendimiento común del lenguaje escrito en el que se halla producida la norma, salvo que los términos utilizados tengan algún significado jurídico específico y distinto del común, en cuyo caso habrá que averiguar cuál de los dos significados está utilizando la norma. (Rubio, 2009, p. 238)

b. Método sistemático.

Para Rubio (2009) “(...) el método sistemático por comparación con otras normas, el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el ‘qué quiere decir’ la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella” (p. 242).

c. Método histórico.

Según lo glosado por Rubio (2009):

Para el método histórico la interpretación se hace recurriendo a los contenidos que brindan los antecedentes jurídicos directamente vinculados a la norma de que se trate. Este método se fundamenta en que el legislador siempre tiene una intención determinada al dar la norma jurídica, llamada intención del legislador, que debe contribuir decisivamente a explicarnos su sentido. (p. 248)

d. Método teleológico.

A través del método teleológico se busca la finalidad del legislador al crear la ley, la situación social real que existía al momento de la creación de la norma.

El intérprete asume que la interpretación debe ser realizada de manera tal que, en la medida de lo posible, se obtenga una finalidad predeterminada de la aplicación

de la norma jurídica. Este criterio supone, naturalmente, que el propio intérprete ha establecido previamente los objetivos a lograr mediante el Derecho, o que en todo caso dicha predeterminación haya sido realizada por la persona o autoridad que se la impone. (Rubio, 2009, p. 235)

Para ello se usan las fuentes materiales y formales del derecho, la exposición de motivos. También se usan métodos lógicos: deductivo, análisis, síntesis, principios lógicos de contradicción, el de tercero excluido, etc.

3.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Para hablar del diseño de la investigación, tenemos que dejar en claro, que el tipo de investigación que sigue nuestro proyecto es el de una **Investigación no experimental**, la cual según considera Hernandez et al. (2014), que esta clase de investigación se realiza sin la manipulación intencionada de sus variables. Son estudios no habrá cambio intencionado respecto de sus variables de tipo independiente, para poder ver, seguidamente, su influencia directa sobre las demás variables en la investigación. En concreto, dentro de una investigación no experimental se pretende realizar observación de fenómenos, conforme se presentan en la naturaleza; con objetivo de ser analizados. En este estudio no se genera ninguna situación, sino que se observarán situaciones ya existentes, no provocadas o desencadenadas por la mano del hombre.

Al delimitar el tipo de investigación, es necesario solventar teóricamente lo referente al diseño investigativo o diseños de investigación según el **enfoque cualitativo**, aquellos que serán aplicables en el proyecto. Y están referidos:

(...) a las investigaciones que producen resultados donde no se llega por procedimientos estadísticos, experimentales u otro tipo de cuantificación. Puede referirse a investigaciones acerca de los fundamentos jurídicos, filosóficos, hermenéuticos, de los principios del Derecho, a la vida de las personas historias, comportamientos sociales e individuales, funcionamiento institucional, movimientos sociales o relaciones e interacciones de relevancia jurídica. (Aranzamendi, 2015, p. 155)

Según Strauss y Corbin (como se citó por Aranzamendi, 2015), algunos de los datos pueden ser cuantificados o medibles, pero el análisis propiamente dicho, es de naturaleza cualitativa. Siendo así el profesor citado, afirma que “(...) la investigación cualitativa es una actividad sistemática orientada a la comprensión en profundidad del fenómeno jurídico y social, el descubrimiento y desarrollo de un cuerpo organizado de conocimientos acerca del Derecho” (Aranzamendi, 2015, p. 155).

Desentrañando este apartado, el término *cualidad* tiene su génesis en latinismo *qualitas*, que, además, proviene de *qualis* (cuál, qué). Por lo que las cuestiones que todo ser se formula sobre su la naturaleza, con las interrogantes ¿qué es?, ¿cómo es?, la respuesta señala o describe el conglomerado de cualidades de este mismo. A partir de esta acepción es como nace la palabra cualitativo, deslindando su estudio de las cualidades de forma separada. Se trata de un estudio de carácter holístico - un todo, constituyendo una unidad de análisis, estableciendo la relación de identidad de: una persona, una entidad, étnica, social, empresarial o producto determinado (Aranzamendi, 2015).

El autor en comento nos dice sobre la naturaleza de éste tipo de investigación lo siguiente:

Respecto a la investigación cualitativa, es por su naturaleza, *dialéctica y sistémica*. Estos dos presupuestos, epistemológico y ontológico, convienen hacerse explícitos, en todo proyecto de investigación a partir de la exposición de un marco teórico. La teoría del conocimiento o filosofía de la ciencia en que se apoya el enfoque cualitativo rechaza el modelo positivista que considera al sujeto conocedor como un espejo y esencialmente pasivo al estilo de una cámara fotográfica. Acepta el cambio, el *modelo dialéctico*, el cual considera que el conocimiento es el resultado de una dialéctica entre el sujeto (su libertad, dignidad, sus intereses, valores, creencias, etc) y el objeto de estudio. No consiste, por consiguiente, en conocimientos estrictamente “objetivos”. El objeto, a su vez especialmente en el área de las ciencias humanas es visto y evaluado (opción o supuesto ontológico) por el alto nivel de complejidad estructural o sistémica, producida por el conjunto de variables biopsicosociales que lo constituyen. Estas dos conceptualizaciones (lo dialéctico y lo sistémico) influyen en la mayoría de los conceptos metodológicos que se apliquen.

Estos componentes, casi siempre, sufren variaciones cuando se realizan estudios cualitativos en el Derecho, pues lo investigado, no es necesariamente verificable experimentalmente. Las ciencias sociales, en las que se ubica el Derecho, el investigador y el investigado (personas o grupos sociales), son sujetos. El objeto es la realidad, por ello, es la naturaleza de los argumentos y no la exactitud de las conclusiones lo que determina que una explicación sea o no científica. (Aranzamendi, 2017, pp.156-157)

Asimismo, consideramos pertinente traer a colación el desarrollo de las características del diseño que nuestro trabajo de investigación ha ostentado, por su propia naturaleza y enfoque, las cuáles según el autor mencionado líneas *supra* son las siguientes:

- a. **Prestan especial atención al contexto:** Si bien la experiencia y acontecimientos humanos tienen lugar en contextos particulares, ellos no pueden ser comprendidos si son separados de aquellos; son abordados en forma sistemática y holística.
- b. **Es particularista:** Los estudios se centran en hechos, normas, fenómenos, teorías particulares conformantes de un sistema jurídico. Esta particularidad es idónea para analizar problemas prácticos o teóricos, cuestiones jurisprudenciales, sociales o políticos de relevancia jurídica.
- c. **Es descriptivo y analítico:** El producto final de la investigación jurídica contiene una descripción tanto histórica y analítica como actual del hecho o situación jurídica.
- d. **Es innovadora:** Desarrolla y crea teorías, conceptos y significaciones; amplía o confirma los conocimientos jurídicos ya existentes.
- e. **Es flexible metodológicamente:** En la investigación no existen posiciones absolutas en cuanto al método. Algunos consideran que es preponderantemente deductivo en el tipo de razonamiento; pues, parte de hechos o fenómenos jurídicos genéricos, empero otros recurren a la inducción. Ambos métodos son usuales y dependen del objeto materia de análisis.
- f. **Ocasionalmente establecen hipótesis:** No siempre se plantean hipótesis al inicio del estudio y, raramente, son verificadas o potencialmente rechazadas. En estos casos, “las hipótesis de trabajo son (...) emergentes, flexibles y contextuales, se adaptan a los datos y avatares del curso de la investigación”. Si se formula una hipótesis para contrastar su certeza y probar su veracidad cualitativa, el enfoque es el mismo que el estudio basado en hipótesis de tipo cuantitativo. En lo cualitativo, a veces, pero no necesariamente, se prueban hipótesis.
- g. **Evalúa el desarrollo natural de los sucesos:** Se interesa por la comprensión personal, las conductas, los valores y circunstancias que subyacen en el espíritu humano, es decir, no hay manipulación ni estimulación con respecto a la realidad. Busca sobre todo comprender el fenómeno materia de investigación en su

ambiente usual. En el caso del Derecho, cómo la acata la población, cómo se comporta frente a la ley, cuáles son sus actitudes, etc.

h. De los resultados: Las indagaciones cualitativas no pretenden universalizar ni generalizar de manera probabilística los resultados a poblaciones más amplias ni necesariamente obtener muestras representativas, incluso, no buscan que sus estudios lleguen a replicarse. Esta particularidad expresa la gran diferencia: la cuantitativa se apoya en el positivismo en el estricto sentido de la palabra; la investigación cualitativa tiene un carácter fenomenológico, trata de entender la realidad social considerando cómo la perciben las personas.

i. Variedad de enfoques epistemológicos: En el diseño cualitativo existe una variedad de concepciones científicas acerca de la interpretación del mundo y las realidades sociales concretas. Los modelos culturales y sus manifestaciones se encuentran en el centro de estudio de lo cualitativo, pues, son entidades cambiantes que constituyen marcos de referencia para el investigador.

j. Preponderancia del texto escrito: En lo cualitativo, el texto es el material empírico más usual para construir o reconstruir hechos jurídicos: 'El principal laboratorio de estudio se encuentra en los libros (...), pero se trata de observaciones que recibimos de segunda mano y no tenemos certeza absoluta respecto a las condiciones en que se produjo el fenómeno, porque no hemos realizado el experimento personalmente'.

k. La investigación cualitativa hace uso de los argumentos: La investigación cuantitativa en el proceso de investigación busca probar algo (mayormente mediante el experimento), indaga por datos, muestras, etc., para definir sus resultados. La cualitativa se interesa por interpretar y argumentar acerca de los fenómenos jurídicos materia de investigación en cuestión. La cualitativa no intenta medir la extensión de los fenómenos, sino buscar describir y explicar mediante argumentos qué existe y cuáles son las causas subyacentes en el fenómeno jurídico. (Aranzamendi, 2017, pp. 157-160)

Una vez sustentado el diseño de investigación, hemos podido determinar cuál de ellos resultó aplicable a la investigación, siguiendo su enfoque previsto, teniendo especial consideración, que según Aranzamendi (2015) en la investigación aplicada al derecho, ninguno resulta ser excluyente, por lo que cada diseño de investigación es igual de válido dependiendo de la naturaleza del problema y su necesidad de uso. Dicho esto, para nosotros los diseños aplicables son los siguientes:

3.3.1. DISEÑO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

a. Diseño transeccional descriptivo.

El desarrollo de Hernández, et al. (2014), nos ilustra este diseño de investigación que se ajusta al nuestro por los objetivos que persigue:

Los diseños transeccionales descriptivos tienen como objetivo indagar la incidencia y los valores en que se manifiesta una o más variables en una población. El procedimiento consiste en ubicar en uno diversas variables a un grupo de personas u otros seres vivos, objetos, situaciones, contextos, fenómenos, comunidades, etc., y proporcionar su descripción. Son, por tanto, estudios puramente descriptivos y cuando establecen hipótesis, éstas son también descriptivas (de pronósticos de una cifra o valores). (p.155)

b. Diseño investigación-acción.

En la presente investigación, por ser de carácter cualitativa, se utilizó el diseño investigación-acción. Según Hernández et al. (2014), la finalidad de este diseño: “(...) es comprender y resolver problemáticas específicas de una colectividad vinculadas a un ambiente (grupo, programa, organización o comunidad)” (p. 496). El diseño de investigación acción se utiliza cuando un problema determinado grupo social (objeto de estudio) requiere solución, buscando conseguir la mejora mediante un diagnóstico a dicho problema y el establecimiento de un programa, proyecto o propuesta para resolverla (producto).

El diseño investigación-acción cuenta con tres fases; “observar (construir un bosquejo del problema y recolectar datos), pensar (analizar e interpretar) y actuar (resolver problemáticas e implementar mejoras) (...)” (Hernández et al., 2014, p. 497).

c. Teoría fundamentada.

Glaser y Strauss (como se citó en Bernal, 2016), sostienen que “(...) la teoría fundamentada es un proceso de creación de teoría, a partir de los datos obtenidos de la investigación” (p. 84). Para Strauss y Corbin (1998) “la mejor forma de representar la realidad social es mediante teorías obtenidas de los datos, y no con teorías elaboradas mediante la relación de una serie de conceptos basados en la especulación” (s.p.).

La Teoría Fundamentada nos es de utilidad, cuando las teorías disponibles de todo el acopio de información, nos permiten explicar el fenómeno o planteamiento del problema, que acaece de la misma forma en la muestra determinada en la investigación (Creswell, 2005). Dicha teoría va más allá de los marcos conceptuales y estudios previos en la investigación. La aplicación de este diseño nos permitirá descubrir conceptos que

contribuyan a la identificación de la hipótesis en la presente investigación cualitativa; permite además el uso de técnicas de recopilación de datos.

La teoría es el resultado de un proceso analítico, que se realiza de forma simultánea a la recolección de la información. Se hace mediante el desarrollo de un conjunto de categorías que se encuentran sistemáticamente interrelacionadas mediante enunciados de relaciones que corresponden a las preguntas: ¿quién, qué, dónde, cuándo, por qué y con qué consecuencias ocurre un suceso social? Para estos autores, ‘estas preguntas, en el proceso de construcción de teoría desempeñan una función muy importante, las formula el analista durante la investigación para ir esclareciendo las dudas que surgen de los datos, establecer hipótesis, relacionar conceptos y establecer el camino de la investigación’. (Bernal, 2016, p. 85)

d. Estudio de caso cualitativo.

En palabras de Yin (1989) un estudio de caso cualitativo viene a ser un análisis y descripción detallados de unidades sociales. Concordando con lo que menciona Simons (2011) al decir que “el estudio de caso es un estudio de lo singular, lo particular, lo exclusivo” (p.19). Destacamos las palabras de Neill y Cortez (2018) cuando nos dice que:

(...) el estudio de caso es un proceso investigativo que examina en detalle un sistema definido (caso particular) a lo largo del tiempo, para comprender en profundidad una realidad específica de la sociedad. Entre sus principales características de esta metodología de investigación cualitativa tenemos: -Es particularista, es decir, se centra una determinada situación o evento. -El resultado final es una descripción detallada y completa del fenómeno objeto de estudio. -Permite una comprensión clara y amplia de la realidad objeto de estudio, pudiendo dar lugar al descubrimiento de nuevos significados que provoquen un replanteamiento del fenómeno. -Se fundamenta en un razonamiento inductivo. (p.80)

En este diseño, el ambiente o contexto, está constituido por el caso y su respectivo entorno, diluyéndose los límites entre ambos. No hace uso de herramientas estandarizadas ni establecen categorías. Siguen un proceso propio de las investigaciones cualitativas (que van desde un primer plano “inmersión inicial” para que el investigador determine si el caso objeto de estudio cuenta con las condiciones que necesita, por último, “inmersión final”, se realizará recolección de datos, análisis, etc). Un tipo de estudio de caso cualitativo muy frecuente es el etnográfico, debido a que pueden enfocarse en un

caso en particular y su impacto en un proceso, grupo, evento o individuo (Creswell, 2005).

3.3.2. DISEÑO ESPECÍFICO DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

a. Diseño descriptivo – propositivo.

Esta investigación jurídica utilizó como diseño de investigación el Descriptivo – Propositivo. En primer lugar, el diseño es Descriptivo ya que “tiende a describir las partes y rasgos esenciales de fenómenos fácticos o formales del Derecho” (Aranzamendi, 2013, p. 79). Aunado a ello, se utilizará todo el contenido teórico existente y disponible sobre la dogmática jurídico penal, relevante para la investigación, infiriéndose así que “la información obtenida en un estudio descriptivo explica el problema y supone mucho conocimiento a priori acerca del caso tratado” (Aranzamendi, 2013, p. 80).

En segundo lugar, el diseño es Propositivo porque busca “indagar la **falta o deficiencia** de un enfoque teórico para resolver un problema jurídico” (Aranzamendi, 2013, p. 80). Además de ello requiere que este diseño: “(...) evidencie el vacío o lagunas de una o varias normas jurídicas o se cuestionan las existentes, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva, la reforma o su derogatoria” (p.83). Este diseño, por lo general, culmina con propuestas teóricas o legislativas. Sin embargo, nuestro problema, al no partir de un desperfecto de la norma, se ciñe concretamente en el objetivo de construir y sustentar un nuevo criterio jurisprudencia sobre el objeto de estudio.

3.4. UNIVERSO, POBLACIÓN Y MUESTRA

Consideramos imperioso, especificar conceptualmente este apartado de la investigación, que permita delinear nuestro entendimiento sobre lo concerniente al universo, población y muestra; lo cual brindará la mayor claridad acerca de los casos puntuales utilizados, sobre los delitos contra el honor, precisamente, el de difamación agravada, sobre los que versará el proceso investigativo.

3.4.1. UNIVERSO

Es el conjunto de elementos (personas, objetos, programas, sistemas, sucesos, etc) globales, finitos e infinitos, a los que pertenece la población y la muestra de estudio en estrecha relación con las variables y el fragmento problemático de la realidad, que es materia de investigación. Algunos autores emplean el término universo como sinónimo de población, otros designan con la palabra universo a todos los elementos de una determinada área o ámbito territorial para investigaciones físicas, es decir, cuando aquello que se investiga es biótico o

elementos inanimados como agua, arena, rocas, luz, etc. (...). (Carrasco, 2006, p. 236)

En ese sentido y con la certeza suficiente, podemos decir que nuestro universo está conformado por todos los casos judiciales (querellas) que versen sobre atentados contra el bien jurídico honor, por los delitos de difamación, injuria y calumnia.

3.4.2. POBLACIÓN

Según Carrasco (2006) “Es el conjunto de todos los elementos (unidades de análisis) que pertenecen al ámbito espacial donde se desarrolla el trabajo de investigación” (pp. 236-237). A ello refuerza la opinión de Fracica (1988), sobre la población como “el conjunto de todos los elementos a los cuales se refiere la investigación. Se puede definir también como el conjunto de todas las unidades de muestreo” (p. 36). Se entiende por población a “la totalidad de elementos o individuos que tienen ciertas características similares y sobre las cuales se desea hacer inferencia” (Jany, 1994, p. 48).

(...) una definición adecuada de población debe realizarse a partir de los siguientes términos, unidades de muestreo, alcance y tiempo. En este sentido, si se desea hacer un análisis del sector del cuero y el calzado en el país la población sería: i) Alcance: cinco principales ciudades capitales. ii) Tiempo: de 2005 a 2015. iii) Elementos: todas las empresas del sector del cuero y el calzado ubicadas en el territorio nacional. iv) Unidades de muestreo: todas las empresas del sector del cuero y el calzado localizadas en las cinco principales ciudades del país. (Bernal, 2016, pp. 210-211)

Siendo así y siguiendo las pautas de los autores en mención y adaptando el bosquejo a nuestro objeto de investigación, nuestra población se compuso por seis (06) querellas sobre difamación agravada (art. 132 segundo párrafo del código Penal), cuyos pronunciamientos trascendentales se dan en recursos de nulidad a nivel nacional, emitidos por la Corte Suprema de Justicia del Perú en los últimos 20 años, con el objetivo de analizar los criterios de resolución y/o absolución de los mismos en razón de la aplicación del *animus difamandi* (según el caso en concreto).

3.4.3. MARCO MUESTRAL Y MUESTRA

Partiendo de la definición plasmada líneas *supra*, consideramos a la muestra como una parte o fragmento de la población, que representan parte esencial y objetiva de la misma, dicho de este modo, podemos deducir que los resultados obtenidos de la

muestra guardan correspondencia con los elementos que constituyen la población. Esta definición viene a ser un concepto previo al de muestra, y se refiere al marco muestral:

El *marco muestral* se refiere a la lista, el mapa o la fuente de donde pueden extractarse todas las unidades de muestreo o unidades de análisis en la población, y de donde se tomarían los sujetos objeto de estudio. Mientras que la *nuestra* es la parte de la población que se selecciona, de la cual realmente se obtiene la información para el desarrollo de la investigación y sobre la cual se efectuarán la medición y observación de las variables objeto de estudio. (Bernal, 2016, p. 211)

Una vez definido ello, existe un procedimiento que procura una selección correcta de la muestra, cuyo esquema está planteado de la siguiente manera:

1. Definir la población del estudio en función de los objetivos de la investigación.
2. Identificar el marco muestral dentro del cual se obtendrá la información.
3. Definir el tipo de muestreo por utilizar para determinar el tamaño de muestra.
4. Definir el nivel o grado de confianza con que se estimará la muestra.
5. Determinar el tamaño de la muestra.
6. Elegir el procedimiento de muestreo.
7. Seleccionar muestra. (Kinnear y Taylos, 1993, s.p.)

El procedimiento en mención nos ha sido de utilidad para la selección y determinación de nuestra muestra, por ceñirse al orden lógico antes prescrito.

a. Método de muestreo.

“El método de muestreo utilizado para estimar el tamaño de una muestra depende del tipo de investigación que desea realizarse y, por tanto, de las hipótesis y del diseño de investigación que se hayan definido para desarrollar el estudio” (Bernal, 2016, p. 212).

Según Weiers (como se citó en Bernal, 2016), existen varias clasificaciones de métodos de muestreo, pero las aplicables de forma concurrente son los de *tipo probabilístico* y *no probabilístico*.

a.1. Muestreo probabilístico.

Según Morán y Alvarado (2010) “El muestreo probabilístico consiste en escoger al azar a cada uno de los individuos de la muestra” (p. 46). A ello agrega Carrasco (2006) que este tipo de muestreo se divide en “probabilísticas aleatorias simples, probabilísticas aleatorias estratificadas, probabilísticas sistemáticas y probabilísticas por racimos” (p.241).

Sin embargo, para efectos de la presente investigación, no se consideró trabajar con este tipo de muestreo, dado que, por la naturaleza de la misma, será de aplicación únicamente el tipo de muestreo que veremos a continuación.

a.2. Muestreo no probabilístico.

Según Carrasco (2006) “En este tipo de muestras, no todos los elementos de la población tienen la probabilidad de ser elegidos para formar parte de la muestra, por ello no son tan representativos. Se dividen en muestras *intencionadas* y muestras *por cuotas*. ” (p.243). Sin embargo, importó en esta investigación el desarrollo únicamente de la **muestra intencionada**, por ajustarse de forma idónea al tipo de muestra que necesitaremos, cuyo sustento veremos a continuación.

a.2.1. Muestra por conveniencia o intencionada.

Es aquella que el investigador selecciona según su propio criterio, sin ninguna regla matemática o estadística. El investigador procura que la muestra sea lo más representativa posible, para ello es necesario que conozca objetivamente las características de la población que estudia.

El investigador procede a seleccionar la muestra en forma intencional, eligiendo aquellos elementos que considera convenientes y cree que son los más representativos. (Carrasco, 2006, p. 243)

En razón a ello, se eligieron los casos pertinente, conforme a los lineamientos y procedimientos previos debido al universo, población para finalmente obtener nuestra muestra (querellas) bajo el conocimiento concreto y certero de las materias que se versan en ellos, y que guardan perfecta relación y correspondencia con el tema de investigación, así tenemos:

- **CASO N.º 01: R. N. N.º 3301-2008/LIMA**
 - **Querellante:** LIDERCON PERÚ Sociedad Anónima Cerrada.
 - **Querellado:** Nilo Adriel Vizcarra Ruiz.
 - **Delito:** Difamación.
 - **Doctrina Jurisprudencial:**

La jurisprudencia establece que para la configuración del delito de difamación agravada regulado en el artículo 132 del Código Penal Peruano vigente, debe acreditarse la existencia del “(...) el *animus difamandi* como elemento de tendencia interna que implica la especial intención de dañar el honor (...)”

- **CASO N.º 02: R. N. N.º 3680-2010/LIMA**
 - **Querellante:** Elizabeth Amanda Palomino Córvoda.
 - **Querellado:** Luis Vicente Díaz Vera y Vicente Aarón Díaz Olivos.
 - **Delito:** Calumnia y difamación agravada.
 - **Doctrina Jurisprudencial:**

La jurisprudencia establece que para la configuración del delito de difamación agravada regulado en el artículo 132 del Código Penal Peruano vigente, debe acreditarse “(...) que exista intención de vulnerar y maltratar el honor del querellante mediante las aseveraciones descritas precedentemente, sin que haya realizado alguna labor de investigación sobre los hechos a los que se refirió, elemento que la doctrina ha denominado el *animus difamandi*”.

- **CASO N.º 03: R. N. N.º 1880-2019/LIMA**

- **Querellante:** Álvaro Enrique Ignacio Castro Osores
- **Querellado:** Iván Marco Slocovich Pardo
- **Delito:** Difamación agravada.
- **Doctrina Jurisprudencial:**

La jurisprudencia establece que para la configuración del delito de difamación agravada regulado en el artículo 132 del Código Penal Peruano vigente, debe acreditar “(...) que exista intención de vulnerar y maltratar el honor del querellante mediante las aseveraciones descritas precedentemente, sin que haya realizado alguna labor de investigación sobre los hechos a los que se refirió, elemento que la doctrina ha denominado el *animus difamandi*”.

- **CASO N.º 04: R. N. N.º 2273-2019/LIMA**

- **Querellante:** Miuren del Rosario Agüero Mori.
- **Querellado:** Miriam Beatriz Cabrera Donayre.
- **Delito:** Difamación agravada.
- **Criterio Jurisprudencial:**

En disonancia con la tendencia jurisprudencial descrita, tenemos al R.N. N.º 2273-2019/LIMA, el cual, en su fundamento primero, párrafo noveno, sin apartarse formalmente del criterio estandarizado, asienta una afirmación de corte divergente, pero sin amplio desarrollo, sosteniendo que: “el *animus* –entendido como un elemento de tendencia interna trascendente sin el cual la conducta ilícita no llega a configurarse– **es un elemento subjetivo distinto al dolo que nuestro Código Penal no prevé como típico para el caso del delito de difamación (...)**”.

- **CASO N.º 05: R. N. N.º 1102-2019/LIMA**

- **Querellante:** César Emilio Rodríguez Larraín Salinas.
- **Querellado:** Cristian Andrés Said Montiel.
- **Delito:** Difamación agravada.
- **Criterio Jurisprudencial:**

Así, también, está el R.N. N.^o 1102-2019/LIMA, donde, en su fundamento quinto, expresa, sin mayor desarrollo, la impropiedad de la teoría de los *animus* dentro de la esfera subjetiva del delito de difamación, en los siguientes términos: “Más allá de lo impropio de la teoría de los *animus* para excluir el elemento subjetivo en el delito de difamación, lo esencial es determinar la intención ofensiva desde los términos utilizados por el agente activo y el contexto en que se expresaron”.

- **CASO N.^o 06: R. N. N.^o 449-2009/LIMA**

- **Querellante:** José Paolo Guerrero González.
- **Querellado:** Magaly Jesús Medina Vela.
- **Delito:** Difamación agravada.
- **Criterio Jurisprudencial:**

En el que la Corte Suprema resuelve un conflicto sobre difamación sin necesidad de recurrir a la teoría de los *animus*, centrándose en analizar factores estrictamente objetivos de la conducta de los querellados que conllevaron a la consumación del delito, dentro de esquema cognitivo y volitivo del dolo.

3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.5.1. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Antes de empezar a enumerar y definir las técnicas que aplicaremos, así como los instrumentos indispensables para con la investigación, es indispensable hacer un desarrollo justo y necesario de los mismos desde su significación conceptual, tal como en los acápite anteriores se efectuó. Respecto a este punto, en opinión de Carrasco (2006), debemos entender como técnicas a todo lo que:

Constituye el conjunto de reglas y pautas que guían las actividades que realizan los investigadores en cada una de las etapas de la investigación científica. Las técnicas como herramientas procedimentales y estratégicas suponen un previo conocimiento en cuanto a su utilidad y aplicación, de tal manera que seleccionarlas y elegirlas resulte una tarea fácil para el investigador. (p. 274)

También Pardinas (1982) lo define como “(...) las técnicas son herramientas metodológicas para resolver un problema metodológico concreto, de comprobación o desaprobación de una hipótesis” (p.84). Sierra (1995) puntualiza que las técnicas se “(...) se refieren al trabajo de investigación propiamente dicho y no a la investigación científica en toda la amplitud del significado” (p.53).

Por último, consideramos importante lo glosado por el profesor Cerda (1993) arguye: “Las técnicas de investigación o de investigación bibliográfica se relacionan con

los procedimientos que se usan para obtener datos e información a través de los libros, y en general artículos que se refieren a determinadas materias y temas” (p. 330).

a. Fichaje bibliográfico.

Toda investigación implica, al menos, parcialmente, un esfuerzo de selección y recopilación de datos documentales. Usualmente, esos datos descansan, en libros o artículos de revistas que bien pueden ser de nuestra pertenencia o, más frecuentemente, son prestados de particulares o han de ser consultados en la sala de una biblioteca. En cualquiera de los casos, nuestro acopio de información debe guiarse por un criterio de selección y síntesis, sea porque debemos restituir el volumen en un plazo determinado (que puede ser de unas horas, en los casos de los libros de lectura interna), o porque sencillamente contamos con un tiempo limitado para revisar y leer una parte suficiente del material que verse sobre nuestro tema. (Ramos, 2018, p, 192)

En referencia a lo mencionado por el autor podemos entender que el fichaje es la técnica de recopilación y selección de datos documentales, a través del uso de fichas. Estas últimas, según Ramos (2018), son “unidades de información que se trasladan a tarjetas rayadas, de formato uniforme, en las que se almacenan los datos de una manera organizada” (p.192).

Autores como Cerda (1993) sostienen la idea que parte: “(...) de ahí la necesidad de que el investigador maneje los contenidos y los indicadores de las fichas bibliográficas de una biblioteca, la cual facilitará enormemente la búsqueda de autores, libros e información que se requiera para el estudio” (p. 331).

b. Análisis documental de doctrina y jurisprudencia.

Con esta técnica, se parte desde la génesis de toda investigación, con lo cual se busca abordar el tema de estudio. Tal como menciona Maya (2014) referido a esta técnica es que “Durante la fase de recopilación de información, la lectura se convierte en un instrumento necesario que permite obtener información relacionada con el tema” (p.38).

Las fuentes de información para el análisis pueden ser de carácter personal, institucional, documental, formal o informal. El objetivo del análisis documental es conocer y describir los sucesos, personas o culturas para colocarlos en un contexto que permita revelar y comprender los intereses y puntos de vistas de la realidad. (Escudero y Cortez, 2018, pp. 74-75)

Alvarez (2003) señala que “en la investigación cualitativa se busca evaluar los mensajes, rasgos de personalidad, preocupaciones y otros aspectos subjetivos de los

escritos de un autor” (p. 67). Según el autor, el procedimiento para el análisis documental es el siguiente:

- Indagar y catalogar los documentos identificados y disponibles.
- Escoger aquellos documentos o fuentes informativas más pertinentes que contribuyan en la investigación.
- Efectuar un proceso de lectura profunda de los documentos seleccionados, con el propósito de extraer los elementos relevantes de ellos.
- Realizar una lectura cruzada y comparativa de los documentos o de los extractos de los documentos.
- Construir una síntesis comprensiva global, acerca de la realidad humana analizada. (Álvarez, 2003, p. 75)

c. Estudio de casos.

“El estudio de casos es un proceso investigativo que examina en detalle un sistema definido (caso particular) a lo largo del tiempo, para comprender en profundidad una realidad específica de la sociedad” (Escudero y Cortez, 2018, p. 62).

Teniendo en cuenta a Perez (2016), “es un estudio de lo singular, lo particular, lo exclusivo, que busca documentar, interpretar y valorar exhaustivamente la complejidad de los programas y políticas sociales, en el preciso momento en que se aplican” (p.46).

Según el autor en mención (como se citó en Escudero y Cortez, 2018), las características de esta metodología de investigación cualitativa son las siguientes:

- Es particularista, es decir, se centra en una determinada situación o evento (fundamentado en un razonamiento inductivo).
- El resultado final es una descripción detallada y completa del fenómeno objeto de estudio.
- Permite una comprensión clara y amplia de la realidad objeto de estudio, pudiendo dar lugar al descubrimiento de nuevos significados que provoquen un replanteamiento del fenómeno. (p. 62)

3.5.2. INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Entre los paradigmas dominantes en el campo de la investigación, los instrumentos y las estrategias de acceso a la información no difieren mayormente entre sí, aunque entre los partidarios de la investigación tradicional o cuantitativa se observa un mayor dominio de las técnicas propias de la encuesta y del cuestionario estandarizado, en cambio los sectores que utilizan las diversas variantes de la investigación cualitativa, optan preferentemente por la

observación y la entrevista, a pesar de que estos últimos pueden combinar estas técnicas sobre la base del principio de *triangulación y de convergencia*.

La selección y elaboración de los instrumentos de investigación es un capítulo fundamental en el proceso de recolección de datos, ya que sin su concurso es imposible tener acceso a la información que necesitamos para resolver un problema o comprobar una hipótesis. En general, el instrumento resume en cierta medida toda la labor previa de una investigación, ya que, en los criterios de selección de estos instrumentos, se expresan y reflejan las directrices dominantes del marco teórico, particularmente aquellas señaladas en el sistema teórico (variables, indicadores e hipótesis) para el caso del paradigma empírico-analítico y las fundamentaciones teóricas y conceptuales incluidas en este sistema. (Cerda, 1993, p. 235)

Debido a las ideas vertidas por el autor citado, consideramos útiles los instrumentos que indicamos y describimos a continuación:

a. Fichas.

Se hizo uso de fichas bibliográficas, tales como, textuales, de resumen e ideas generales.

a.1. Fichas bibliográficas.

Las llamadas fichas bibliográficas o de localización consignan los datos de las fuentes que estamos empleando en nuestro trabajo. Estas fichas tienen la finalidad de preparar un registro de citas y referencias que se incorporan a la investigación; ofrecen datos sobre la ubicación del libro y su régimen de lectura; facilitan la confección de la bibliografía final; y, por último, son un banco de datos para futuros trabajos. Para la confección de fichas bibliográficas se aconsejan las tarjetas de 12,5 x 7,5 centímetros, de cartulina rayada. (Ramos, 2018, p. 194)

a.2. Fichas textuales.

Las fichas textuales o de transcripción son usadas cuando determinados pasajes de un autor nos parecen tan interesantes y valiosos (o precisamente todo lo contrario), de un modo tal que merecerían un lugar en nuestra tesis. Se utiliza el mismo formato que el de las fichas bibliográficas (12,5 x 7,5 cm) o el formato mayor (20 x 12,5 cm). (Ramos, 2018, p. 201)

a.3. Fichas de paráfrasis.

Ramos (2018), explica que este tipo de fichas contiene las citas elaboradas con el parafraseo, además, agrega que:

Las citas que no son textuales, pueden ser de paráfrasis, de resumen o de referencia. No llevan comillas. Las citas de paráfrasis constituyen la recreación del fragmento o pasaje de un autor, con las propias palabras del tesista. Se usan cuando el texto citado es importante, pero no al extremo que demande una transcripción fiel. No confunda la paráfrasis con un mero cambio de palabras (que sería un plagio encubierto): en la recreación debe advertirse un refuerzo creativo, una “recreación”, que se funde con naturalidad en la argumentación. (Ramos, 2018, p. 209)

a.4. Fichas resumen.

Las fichas resumen o de lectura (tamaño 20 x 12,5 cm) son indicadas para sintetizar una lectura que nos ha interesado. Son apropiadas para anotar nuestras propias impresiones sobre el texto del algún autor. Por su propia naturaleza, las fichas de resumen deben ser sintéticas, caso contrario, será mejor emplear las fichas textuales. En las fichas de resumen consignaremos nuestras propias palabras, las ideas y los datos que nos proporciona el autor. (Ramos, 2018, p. 202)

b. Guía de análisis de casos.

De acuerdo con Stake (1995), es un instrumento de investigación, con su origen en las ciencias médicas, en la psicología y en la educación, con un enfoque concreto por los casos específicos de un determinado grupo o persona. Entendiendo que consiste en un acopio de información detallada sobre dicho enfoque, durante un periodo definido. El material del cual se hará uso, proviene principalmente de entrevistas, observaciones directas y otras herramientas descriptivas.

c. Guía de análisis documental.

En términos de Escudero y Cortez (2018), “Esta estrategia constituye el punto de inicio de toda investigación con lo cual se busca abordar el tema o problema de estudio” (p. 74).

“Durante la fase de recopilación de información, la lectura se convierte en un instrumento necesario que permite obtener información relacionada con el tema” (Maya, 2014, p. 38). El objetivo del análisis documental es conocer y describir los sucesos, personas o culturas para colocarlos en un contexto que permita revelar y comprender los intereses y puntos de vista de la realidad. (...) El procedimiento de análisis documental consiste en:

- Indagar y catalogar los documentos identificados y disponibles.

- Escoger aquellos documentos y fuentes informativas más pertinentes que contribuyan en la investigación.
- Efectuar el proceso de lectura profunda de los documentos seleccionados, con el propósito de extraer los elementos relevantes de ellos.
- Realizar una lectura cruzada y comparativa de los documentos o de los extractos de los documentos.
- Construir una síntesis comprensiva global, acerca de la realidad humana analizada. (Escudero y Cortez, 2018, pp. 74-75)

3.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO

3.7. Y ANÁLISIS DE DATOS

3.7.1. CORTE Y CLASIFICACIÓN

En el presente trabajo se utilizó la **técnica de procesamiento de corte y clasificación** que, mediante este tipo de técnica se revisa, maneja y marca el texto, se corta, edita y clasifica la información; gracias a estas acciones se puede identificar las expresiones que son de mayor importancia para la investigación y posteriormente agruparlos como sea pertinente.

“(...) Consiste en identificar expresiones, pasajes o segmentos que parecen importantes para el planteamiento y luego juntarlos conceptualmente” (Hernández, 2014, p. 439). La Técnica de Procesamiento de Corte y Clasificación pretende generar una amplia gama de temas que se encuentran vinculados al planteamiento, para después poder seleccionar las mejores o más importantes para realizar un mejor análisis.

3.7.2. ANÁLISIS DOCUMENTAL DE DATOS

Así también se hizo uso del **análisis documental de datos**, en razón propia de una investigación enteramente cualitativa como la nuestra; pues se hará uso de equipos informáticos como laptops y/o tablets, para un mejor manejo de la misma. El orden del contenido del informe de investigación fue distribuido en capítulos, estructurando correctamente las citas, y referenciando a las fuentes de forma concatenada, para una mejor revisión.

3.8. PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

El procedimiento consistió en trabajo de oficina y de campo, pues, se realizó la recolección de datos de forma virtual y física, recurriendo a bibliotecas y sitios web especializados en materia jurídica, revistas jurídicas especializadas, páginas e informes de las entidades públicas relacionadas al objeto de estudio, y a libros digitales.

El procedimiento llevado a cabo para la recolección de datos se dio de la siguiente manera:

1. Utilizamos las fichas bibliográficas, para la recolección de la doctrina relevante respecto a la aplicación del dolo eventual en delitos contra el honor, específicamente el de difamación agravada; así como también información sobre la metodología a emplearse para responder de forma adecuada al enunciado del problema de nuestra investigación.
2. Efectuamos el acopio minucioso y detallado de jurisprudencia nacional (casos judiciales de querella por difamación y demás delitos contra el honor), así como también a nivel supranacional.
3. Recurrimos a bibliotecas especializadas en materia jurídica virtuales y/o físicas, así como repositorios de universidades nacionales e internacionales (cuyas investigaciones puedan coincidir con las variables de nuestra investigación).
4. Una vez recabada la información, se procedió a realizar el análisis, separación y deslinde de la información sustancial para el abordaje de la investigación, para luego ser contrastada con la realidad y enfoque del tema de investigación, y corroboramos si nuestra hipótesis resultaba afirmativa o negativa.
5. Dicha información, también fue contrastada con aquella de corte internacional, para hilvanar los puntos de contacto que resulten de aporte para el desarrollo de la investigación.
6. Una vez efectuados los puntos anteriores, obtuvimos los resultados respectivos esperados, verificando que el sustento en la aplicación del dolo eventual desde un enfoque funcionalista logra establecer un criterio de aplicación a nivel jurisdiccional que garantiza una sanción penal efectiva contra los atentados al honor; confirmando, así, nuestra hipótesis.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1. RESULTADO N.^º 01

La aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual amplía el margen de protección del bien jurídico honor en el delito de difamación agravada, al sancionar aquellas conductas que incrementan el riesgo permitido por ser realizadas con la sola representación de la posibilidad de materialización del resultado típico, sin mediar especial intención de ponerlo en peligro o lesionarlo; viéndose anulada la necesidad de recurrir a la teoría de los *animus*.

4.1.1. DISCUSIÓN DEL RESULTADO N.^º 01

El debate abiertamente expuesto, entre si el uso o desuso de los *animus* (como elemento subjetivo distinto al dolo), en los delitos contra el honor, nos ha permitido encontrar las razones intrínsecas del problema. Los cuáles, a tenor del segundo y tercer capítulo de esta investigación, se han podido evidenciar, recogiendo su principal utilidad para afirmar que la tutela debida del bien jurídico honor se logra a partir del reconocimiento de su constitucionalidad, y su estrecha relación con la dignidad humana, como derecho con trascendencia supranacional (normativización). No negamos que la amalgama de criterios enfunda una mayor complejidad en la materia de estudio, pero que, sin desvanes en la lógica de la investigación, las teorías del delito han zanjado claramente el camino adecuado.

La teoría funcionalista acepta la existencia de obligaciones generales impuestas a todo ser humano, tanto de orden natural, social y normativa; ésta última como constructo directo del hombre en interrelación con sus semejantes. No siendo confrontada con otras posturas que nieguen lo dicho, pues tal mención resulta ser la teoría más avanzada en lo que va del desarrollo de la teoría del delito -como expresión doctrinaria de un derecho recogido de fuentes principalmente extranjeras-. Justificar la exoneración de los *animus* es algo que negamos categóricamente, pues entendemos que, en determinados delitos de nuestra norma penal (verbigracia, el homicidio calificado, el hurto simple, hurto de uso, fraude procesal, lavado de activos, entre otros), sin lugar a duda, los *animus* tienen un propósito claro, no solo para agravar y con ello diferenciar determinados tipos penales (por la instrumentalización o cosificación del bien jurídico), sino también -en ciertos casos- para el procedimiento de graduación de la pena correspondiente (determinación judicial de la pena).

Es el funcionalismo de Jackobs al que nos referimos y en el cual se funda la idea de la normativización del delito en búsqueda de ajustar la norma penal hacia los fines sociales que la política criminal antepone. Según el autor, el basamento de esta propuesta radica en “(...) los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann” (Villavicencio, 2015, p. 252). En palabras sencillas, tal como se conceptúa en el capítulo uno (como Funcionalismo Extremo), esta teoría está únicamente orientada a garantizar un derecho penal con identidad normativa, constitucional y social (Jackobs, 2000). Por lo que si cada precepto normativo o institución del derecho penal – como la culpabilidad –, no está destinado a la función que cumple el derecho penal en la sociedad, cobrará insoslayablemente un sinsentido que relega el reconocimiento y protección de los derechos humanos en un segundo plano.

Con un prístino panorama sobre el funcionalismo, en el cual enfocamos el desarrollo dogmático del dolo en sus tres niveles de graduación, como dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual [y] a razón de cubrir fielmente los rieles fundamentales antes descritos. No podemos dejar de lado que el concepto funcionalista, no sólo alude al rol o función que desempeña la norma penal, sino también al lugar especial o propósito que tiene cada individuo a nivel social (como elemento dinámico, dentro de la sociedad, y en cada estamento de la misma). Por lo que, la aplicación práctica de esta abstracción dual se reduce a la utilidad o valor agregado de estos elementos en el cumplimiento de sus funciones, siendo todo lo contrario, un desacato al mandato imperativo impuesto por la política criminal nacional, y por lo tanto una infracción a la norma penal.

Ahora bien, respecto al dolo eventual, queda claro que tal como fue conceptualizado y desarrollado en esta investigación, forma parte de una categoría base dentro del análisis de tipicidad subjetiva que no merece desatención alguna, pues aún, cuando luego de un primer examen de tipicidad subjetiva, tanto el dolo directo e indirecto no hayan sido identificados, no debería implicar el considerar -bajo ninguna circunstancia- un fallo jurisdiccional destinado al archivo del proceso o declarar la nulidad del mismo dado que el resultado de esta mala fórmula que se complementa con sólo estos dos tipos de dolo, asume o da por hecho un análisis insuficiente y totalmente desprovisto de las garantías inherentes del derecho penal. El aporte de la hermenéutica jurídica en la resolución de casos sobre difamación agravada se ha visto agotada por la desalineada forma de criterios jurisdiccionales que se apartan de la exigencia de la norma *per se*, llevando a una actuación o praxis al margen del principio de legalidad, casi institucionalizándola.

Aporta Bustos (2004) que el dolo eventual tiene un sustento principalmente de carácter político-criminal; si bien el legislador tiene el objetivo de impedir la configuración del delito a título de dolo (como regla general) y de culpa (como excepción a la regla, siempre que así se prevea en la ley); no obstante, no hace alusión y menos desarrollo expreso de su tercer nivel de graduación.

Ciertamente en el dolo eventual no hay un proceso en dirección a la afección del bien jurídico. Todos los autores recalcan que, en el dolo eventual, sólo hay un alto riesgo, la probabilidad de un hecho típico. Esto significa que si desaparece ese alto riesgo o probabilidad no hay dolo eventual. Por tanto, pareciera que el dolo eventual queda dentro de los procesos que son propios de la culpa. (Bustos. 2004, p. 831)

Esto guarda correspondencia con el enfoque funcionalista que nos proporciona la dogmática jurídico penal, a tenor de su naturaleza eminentemente normativa. Su fundamento político-criminal, nos permite cohesionar el sentido de los fines del derecho penal, por medio de la finalidad de la norma penal como elemento funcional en la sociedad, la cual encauza su sistematización y practicidad en su aplicación, de forma coherente y atendiendo a la necesidad de una prevención general – propia de la teoría mixta –, de los bienes jurídicos sin dejar de lado aspectos que pueden relajar un mayor espectro conservativo y garantista. El dolo eventual reconoce el elemento volitivo como la asunción del resultado de la representación posible de materializar el resultado típico por parte del sujeto agente, dando mayor realce al elemento cognoscitivo, esto es, el conocimiento de la ilicitud del resultado. En concordancia con lo manifiesto por Vasquez (2022), quién sostiene que el cambio notorio del dolo eventual se presenta por el desapego de la intención – propia del dolo directo e indirecto –; poniéndola en el mismo estrato del dolo genérico con la voluntad, pero con la diferencia antes acotada.

Por ello, aun cuando el desarrollo a nivel legislativo del dolo eventual no se haya concretado, no resulta una contravención al principio de legalidad, el hacer uso de la dogmática jurídica para solventar las falencias presentadas en nuestro sistema jurídico. Ciento es que –a nivel del dolo eventual–, la posibilidad del resultado o el nivel probabilidad de que suceda, pueda ser materia de discusión en otra investigación; pero que, el sólo hecho que el autor se haya conformado con la posibilidad de realización del tipo penal; basta para que la configuración del delito sea a título de dolo. Acierta Villavicencio (2015) al sostener que este nivel de dolo “(...) constituye como el límite determinante entre el dolo y la culpa (en este caso culpa consciente). Y es que se

identifican en ambos una base común: se reconoce la posibilidad de que se produzca y no se desea el resultado” (p.373).

Y, por último, la atención a esta alternativa en la calificación jurídica de los magistrados, a resultas de las querellas por difamación agravada, anularía la necesidad ilegítima de este esquema o formula tradicional, que hoy en día se viene aplicando jurisprudencialmente al exigir la prueba del *animus* en este tipo penal. El abordaje de este problema no debe generar un desbalance enfocando todos los esfuerzos al apartado propiamente subjetivo, pues a decir de Merlo (2005), “reducir el delito a su elemento subjetivo favorece la manipulación de la prueba en el proceso, produciendo inseguridad no sólo para la víctima del hecho, sino para el propio autor” (p. 123). Evidentemente, los riesgos son altos, considerando que por la mera creencia del autor de estar actuando bajo alguna justificación (ánimo distinto al de lesionar el honor del ofendido), lesionara el bien jurídico; eliminaría de todas formas la tipicidad, inutilizando la verificación de la concurrencia o no de alguna causa de justificación – propio del análisis de antijuricidad –, restando la presencia y atención al conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

Consideramos que, dejar este conflicto a la mera presunción, en la esfera anímica del sujeto agente, es socavar las fortalezas procesales del derecho penal nacional. Pues decrecer los avances en la probática jurídica, por tratar de confrontar con la realidad contenidos subjetivos que no tienen un reflejo útil ni pragmático no resulta coherente con los fines de la política-criminal peruana, propia de un Estado de constitucional y social de Derecho.

4.2. RESULTADO N.^o 02

La dogmática penal alineada con el principio de legalidad habilita la aplicación del dolo eventual como último filtro y título de imputación subjetiva en el delito de difamación agravada; en tal aplicación, haciendo uso de criterios jurídico-funcionalistas, se pondera el elemento intelectual respecto al volitivo, dando lugar a la protección del honor frente a conductas realizadas con conocimiento de la posibilidad de realización típica por parte del sujeto activo.

4.2.1. DISCUSIÓN DEL RESULTADO N.^o 02

El presente resultado guarda justa medida con el primer objetivo específico de esta investigación, consistente en demostrar, a partir de la dogmática penal, que la

aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual en el delito de difamación agravada, busca brindar un mayor margen de protección al bien jurídico honor.

De forma general, la dogmática penal nacional contemporánea, incluso, la extranjera, sobre aspectos de tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor, especialmente, del delito de difamación agravada, muestra posiciones disonantes; una gran parte de estas posiciones exponen criterios de hermenéutica jurídica ciertamente incongruentes con el principio de legalidad penal y con la política criminal sobre tutela del bien jurídico honor. Atendiendo a ello, los investigadores hemos dado especial realce o importancia a aquellos postulados dogmáticos que, por estar alineados al principio de legalidad penal y al avance de la doctrina jurídico-penal, se muestran como una alternativa adecuada para la satisfacción de las exigencias típicas del delito en cuestión por otorgar un margen completo de tutela al honor y a la reputación de las personas.

En aras de interpretar y/o analizar el resultado expuesto, es propicio exponer los principales argumentos que lo respaldan, frente a los cuales también se expondrán posiciones opuestas; finalmente, se sintetizará el debate o discusión en argumentos que reflejen la toma de posición de los investigadores respecto a la problemática. El método a utilizar será el dialéctico.

En primer orden, el resultado proyecta la posición dogmático penal que guarda estricta congruencia con el principio de legalidad y es la concerniente a reconocer que, en el fuero de imputación subjetiva, el delito de difamación agravada puede ser imputado a título de dolo directo, indirecto y eventual, negándose la necesidad de exigir la prueba de algún elemento subjetivo distinto al dolo (*animus*), toda vez que, el legislador en la construcción normativa del tipo penal no lo ha previsto expresamente y, aunque lo hiciera, tampoco se justificaría su exigencia por dar lugar a una serie de problemas sustantivos y procesales, provocando una evidente desprotección del bien jurídico. En otras palabras, esta posición jurídica niega que el delito de difamación agravada sea un tipo de intención (tendencia interna trascendente) o de tendencia (tendencia interna intensificada).

Ahora bien, toda vez que esta posición jurídica da lugar a la imputación delictiva a título de dolo eventual, de forma complementaria se recurre al uso de postulados jurídico funcionalistas para la aplicación de este tipo de dolo, pues, a diferencia del tradicional dolo directo -caracterizado por la sobreexaltación del elemento volitivo respecto al intelectual-, en este otro -dolo eventual- se ha de ponderar el conocimiento del sujeto agente sobre la posibilidad de materialización del resultado típico y evidente

puesta en peligro o lesión del bien jurídico que generaría con el despliegue de su conducta. En este extremo, los postulados funcionalistas resultan de vital utilidad, primero, porque se decantan por una explicación coherente del dolo eventual, alejada de cuestiones psicológicas manipulables; y, segundo, porque dentro del juicio de tipicidad, requieren que, previo al análisis de imputación subjetiva, se realice un correcto filtro de imputación objetiva de la conducta, verificándose si esta ha creado un riesgo no permitido o incrementado uno permitido, incluso, si aquella se efectuó en cumplimiento de determinado rol.

En defensa de esta posición jurídica se tiene a determinado sector de la doctrina jurídico-penal nacional, entre los cuales encontramos a Hurtado (2016), quien sostiene:

La difamación es un delito doloso. El autor debe actuar con conciencia y voluntad para comunicar a terceros alegaciones sobre hechos que pueden perjudicar el honor de la víctima. Basta el dolo eventual. Consciente de tal propiedad de los hechos, expresa de todas maneras la alegación que los contiene. (p. 486)

También se alinea a tal postura, Gálvez et al. (2017), quien, sobre el delito de difamación refiere que, la conducta es necesariamente dolosa, lo cual implica que el sujeto agente actúe con conocimiento y voluntad de propalar la atribución de un hecho, cualidad o conducta que pueda perjudicar el honor o la reputación ajena, asimismo, agrega que resulta admisible el dolo eventual. Asimismo, tenemos a Peña (2019a), quien refuerza la posición jurídica, argumentando que, en el tipo de difamación, ya sea en su forma básica o agravada:

Al igual que el caso de la injuria y la calumnia, basta que el elemento subjetivo del injusto venga conformado por el dolo del agente, de saber que la difusión de la noticia, mediando atribución de hechos (delictivos) o de calificativos ofensivos (...) resultan perjudiciales para la posición social del ofendido, en cuanto a sus relaciones con los demás, sin necesidad que se exija la presencia de un ánimo (...).
(p. 493)

En contraposición o disconformidad con la postura expuesta, existe otro sector de juristas en la doctrina penal nacional, que postulan dos criterios herméticos relativamente distintos pero, en esencia, vinculados. El primero de ellos, de menor desarrollo, pero igualmente utilizado, consistente en reconocer la exibilitad del *animus* en el juicio de tipicidad subjetiva del delito de difamación, homologando a tal elemento subjetivo con el dolo directo. Entre los juristas que defienden esta postura, se tiene a Salinas (2018), quien sostiene que, “(...) en nuestra legislación, por la forma como se han

tipificado los delitos de injuria, difamación y calumnia, el *animus injuriandi* o *difamandi* integra el contenido (...) del dolo” (p. 415), de manera que, “(...) si en el agente no hay ese conocimiento, intención o ánimo en su conducta, el delito contra el honor no aparece por falta de dolo” (p. 415). En esa misma línea de ideas está Villavicencio (2014), quien refiere que, en la difamación “se necesita de un actuar doloso, es decir, un equivalente al *animus difamandi*, que implicaría la conciencia y voluntad de ofender, y que a la vez sea publicitada. No se requiere otro elemento subjetivo distinto al dolo” (p. 526).

El segundo criterio opuesto, de mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial, es el consistente en reconocer la exigibilidad de un elemento subjetivo distinto al dolo (*animus*) en el delito de difamación agravada, convirtiendo al tipo en uno de tendencia interna, trascendente, para algunos, e intensificada, para otros (posturas desarrolladas en la jurisprudencia), pero, en ambos casos, diferencian al dolo con el *animus difamandi/iniuriandi*. Esta posición es defendida por Bramont-Arias y García (1998), quienes sostienen que:

El sujeto activo debe actuar con dolo y con *animus injuriandi*. Dolo porque el sujeto activo con conciencia y voluntad realiza el acto (...). *Animus injuriandi* porque no basta con realizar este acto dolosamente, sino que debe tener el ánimo de lesionar o poner en peligro el honor desde su aspecto subjetivo del sujeto pasivo. (p. 138)

El mismo argumento es recogido Roy (1983) y Villa (1998), quienes consideran que el delito de injuria, incluso, el de difamación, es necesariamente intencional por lo que se requiere que el sujeto activo obre con *animus iniuriandi/difamandi*. Este *animus difamandi* al ser definido como la “especial intención” de dañar el honor, es posible afirmar que esta posición dogmática entiende al delito de difamación como un tipo de tendencia interna intensificada (también llamado delito de tendencia), pues, estos “(...) se caracterizan porque el comportamiento del autor se realiza con una específica intención que refuerza o intensifica al dolo primigenio” (Almanza, 2022, p. 334), siendo, en este caso, tal específica intención representada por el *animus difamandi*. Dentro de esta línea argumentativa (sin entrar a discutir si se está a favor o en contra), no sería de recibo entender al tipo como uno de tendencia interna trascendente, porque para que un tipo penal sea considerado de tendencia interna trascendente “(...) se requiere que el autor persiga una concreta finalidad con su comportamiento que trasciende la conducta del tipo penal y que no es necesario alcanzar para consumar el delito” (Almanza, 2022, p. 334), lo cual, a todas luces, resulta incompatible con la postura expuesta, a favor de la

concurrencia del *animus* adicional al dolo, pues el *animus iniuriandi* no es definido como una finalidad que trasciende a la conducta típica de difamación, sino como una especial intención que, propiamente, engrosa o intensifica el obrar del agente (se afirma que el agente no pretende otra cosa más que lesionar el honor, por ende, no hay trascendencia sino intensificación del tipo).

Ahora bien, expuestas las posturas, corresponde realizar una síntesis que, como no podía ser de otra forma, refleje la posición jurídica defendida por los investigadores, no solo por considerarla dogmáticamente correcta, sino por ser la más coherente con la legalidad penal y la protección del bien jurídico honor/reputación.

Respecto a la posición que defiende la teoría de los *animus* en el delito de difamación agravada, homologando el dolo con el *animus difamandi*, se cuestiona la peligrosa sobre exaltación del elemento volitivo (espiritual) por encima del intelectual que, obliga al intérprete a entender, tal como sostiene Rojas (1999), que los delitos contra el honor solo se pueden imputar a título de dolo directo o de primer grado y por dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado, pero no por dolo eventual donde el elemento volitivo se presenta de forma reducida o no implica una intención directa de realización del tipo objetivo propiamente, sino una aceptación o asunción de las consecuencias negativas (resultado típico) que traiga consigo la conducta desplegada, por entenderse que se realizó sin *animus difamandi*, desprotegiendo gravosamente el bien jurídico en cuestión.

Una consecuencia lógica de lo anterior da lugar a otra crítica contundente a esta postura, la cual consiste en la dificultad de probar la intención de lesionar el honor o reputación ajeno (*animus*), así lo reconoce el propio Salinas (2018) -defensor de la postura-, “en teoría, saber cuándo una persona que vierte frases aparentemente con *animus iniuriandi* contra otra está actuando con intención de lesionar el honor de esta o no, es una cuestión que resulta difícil de establecer (...)" (p. 416), esta dificultad probatoria, en muchos de los casos (por no decir todos), da lugar a absoluciones y, con ello, una vez más, la desprotección del bien jurídico.

Ahora, respecto a la posición que también defiende la utilización de la teoría de los *animus* pero ahora de forma no homologada sino diferenciada del dolo, entendiendo al tipo penal de difamación como uno de tendencia interna intensificada, se cuestiona el ir en contra o transgredir el principio de legalidad penal. Y es que, el mismo Mezger (propugnador de la teoría de los elementos subjetivos del injusto, hoy denominados elementos subjetivos distintos al dolo) sostenía -según glosa Muñoz (2003)- que la

exigibilidad de determinados especiales intenciones tienen carácter excepcional, por lo que, es labor del legislador determinar -por cuestiones de política criminal- cuándo y en qué tipos penales se justifica la presencia de tales elementos subjetivos, toda vez que, tal excepcionalidad radica en una visión radicalista de Derecho Penal de autor, a través del cual se asumía que las conductas delictivas respondían siempre a intenciones o fines ilícitos que tenían que ser probados para así poder aplicar una sanción penal; circunstancia que no se verifica en los delitos contra el honor peruanos, especialmente, en el de difamación agravada, donde el legislador no ha previsto dentro de la construcción típica del delito referencia alguna a elementos subjetivos distintos al dolo, así lo expresa Meini (2002):

(...) el delito de difamación no presenta en su redacción elemento subjetivo distinto del dolo alguno. No encuentro en el artículo 132 CP término, partícula o palabra que se refiera directa o indirectamente a un elemento subjetivo que no sea el dolo. No se ha descrito la conducta típica de la difamación utilizando las locuciones “para”, “con el objeto”, “con el propósito”, “en perjuicio”, “con el fin de”, “con una intención especial”, “con un ánimo específico”, etc. (párr. 10)

Almanza (2022) al hacer referencia a los elementos subjetivos distintos al dolo, sostiene que: “en algunos tipos penales, **por exigencia del código sustantivo**, se requiere además de la existencia del dolo un elemento subjetivo adicional a este para su completa configuración típica. Estas son la tendencia interna trascendente y la tendencia interna intensificada” (p. 334). Tal exigencia, a entender de Villavicencio (2006) “(...) se considera que es una infiltración de un Derecho Penal de ánimo, por lo que su uso debe ser restringido (...)” (p. 376). Meini (2014), en la misma línea, afirma con énfasis que, “los elementos de tendencia intensificada han de estar previstos expresamente por la ley. En caso contrario, se modificaría el supuesto de hecho del tipo penal y se vulneraría el principio de legalidad” (p. 80), esto último ocurre al pretender afirmar que el tipo de difamación agravada precisa del *animus difamandi* por ser de tendencia interna intensificada; craso error.

Esta incongruencia con el principio de legalidad penal evidencia también la inconsistencia dogmática de la teoría de los *animus* en la tipicidad subjetiva del delito de difamación agravada, toda vez que los criterios de interpretación de la ley penal jamás pueden ni deben ir más allá del alcance que esta última establezca; consecuentemente, también se estaría yendo en desmedro de la política criminal de los delitos contra el honor al desnatular el tipo penal limitando su verificación a solo conductas intencionales, lo

cual es impropio. Tal impropiedad también se aprecia en el fuero práctico o procesal, ya que, inevitablemente se da paso a una grave brecha de impunidad respecto a los casos donde pese a tener probado el dolo de la conducta, se tenga que absolver por haberse logrado acreditar la especial intención de lesionar el honor o reputación de alguien, vaciándose de contenido (desprotegiéndose) el bien jurídico honor.

Hasta allí las críticas de forma individualizadas. Sin embargo, al estar ambas posturas *in comento* intersectadas por la utilización de la teoría de los *animus*, corresponde, válidamente, presentar otros cuestionamientos pasibles de contradecirlas de forma simultánea. El cuestionamiento más importante está vinculado con la perspectiva errada que comparten ambas posturas sobre la misión del Derecho Penal, fundamentada en concepciones del sistema finalista, pues dentro de su esquema de teoría del delito el cometido del Derecho Penal estaría enfocado en descifrar o averiguar la “verdadera intención” del sujeto agente al momento de cometer un ilícito penal. para luego poder aplicarle una consecuencia jurídica (pena); no obstante, hoy esto no es así, “(...) por no ser misión del Derecho penal la valoración de las actitudes internas de nadie” (Días, 1994, p. 173). Al pretender valorar la intención del sujeto se está yendo en contra de los postulados de un Derecho Penal en un Estado social, democrático y constitucional de Derecho del siglo XXI.

Resulta convienen, entonces, apostar por una posición jurídica alineada a la preservación de las expectativas de vida en sociedad signadas en nuestra Constitución, que revista de suficiente objetividad el proceso de imputación penal, garantizando una debida tutela de bienes jurídicos (sin sobreprotección, mucho menos desprotección). La posición o visión penal con mayor asidero en nuestro días es la del sistema funcionalista. Sostiene Villavicencio (2006) que, “los postulados funcionalistas no buscan modificaciones a la teoría del delito, más bien, pretenden atribuir en sus elementos nuevos contenidos, con el objetivo de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicabilidad a la realidad” (p. 248); no obstante ello, no se puede negar que el funcionalismo se aleja de la concepción finalista del delito, postulando que el Derecho Penal debe estar dirigido a la concreción de sus fines y no regirse o vincularse a realidades ontológicas previas. En ese sentido, diríamos que pretende apostar por un Derecho Penal más objetivo construido sobre la base del mantenimiento de expectativas sociales. Es por ello que, desde la perspectiva del funcionalista Roxin (2008):

(...) el cometido de los tipos dolosos es evitar lesiones calculadas de bienes jurídicos, independientemente de la actitud emocional con que sean cometidas

(...). Para el elemento volitivo del dolo es suficiente que el sujeto incluya en su plan el resultado y con ello lo haya querido en el sentido de una decisión en contra del valor jurídico. No es preciso un ulterior desvalor de la actitud interna. (p. 431)

El dolo, por ende, debe ser tratado ya no desde una perspectiva ontológica o natural, sino más bien, conforme a determinada función que cumple el agente dentro del sistema jurídico, por ende, aquél no se ha de enfocar necesariamente en la intención con la que actuaron las personas, sino en cómo dicha intención afecta o altera la estabilidad del sistema social. ¿Y qué pasa con el dolo eventual?, en cuanto al dolo eventual, en el funcionalismo, se apuesta por una concepción normativista, es decir, se sobreexalta el elemento intelectual o cognitivo, fundamentándose principalmente en el conocimiento del agente de la posibilidad de materialización de un resultado lesivo típico, más que en su voluntad.

En ese sentido, desde un enfoque funcionalista el despliegue de la acción penal y, consecuentemente, el desarrollo de la actividad probatoria no puede estar dirigida a probar y valorar las actitudes internas de los sujetos, porque resulta un despropósito. Bajo los mismos argumentos, tampoco es correcto sostener que existen otros *animus* (*corregendi, consulendi, criticandi, defendendi, iocandi, retorquendi, informandi, narrandi*) que, en caso de verificarse o comprobarse, eliminan la relevancia penal de la conducta analizada, como sostiene falazmente Salinas (2018); el juicio de tipicidad subjetiva en el delito de difamación agravada de ninguna forma verse reducido a analizar intenciones, mucho menos, efectuar valoraciones respecto de una especie de conflicto o enfrentamiento entre *animus*, pues, como bien se ha dicho líneas *supra*, en la tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor lo que se analiza es si la conducta se efectuó de forma dolosa o no, siendo el dolo, en cualquiera de sus tres niveles de graduación, el único componente subjetivo sujeto a analizar.

No está demás decir que, para un adecuado análisis de imputación subjetiva (donde el dolo eventual sea la última subcategoría o filtro de tipicidad) es menester un correcto análisis de imputación objetiva a la conducta de forma previa, donde, por razones obvias, se han de utilizar también filtros aportados por el funcionalismo, destinados a determinar si se está ante una conducta que haya creado un riesgo no permitido o incrementado uno permitido, y que la misma no responda al cumplimiento de determinado rol asignado al sujeto agente dentro del sistema social.

Habiendo efectuado el juicio pleno de tipicidad, es aquí donde recién se debe dar apertura al debate de si la conducta está justificada o no en función a estándares del ordenamiento jurídico en general, esto es, determinar si la conducta es antijurídica. En lugar de divagar absurdamente en la prueba de intencionalidades dentro del fuero de la tipicidad subjetiva, lo correcto será verificar o determinar si concurre alguna causa de justificación que sea capaz de eliminar el carácter antijurídico de la conducta del agente, dentro de la categoría del delito denominada “antijuridicidad”. Verbigracia, en lugar de agotar esfuerzos en recurrir al *animus defendendi* (intención o ánimo de defensa) para anular el aludido *animus difamandi*, lo adecuado sería invocar la causa de justificación consistente en el obrar en ejercicio legítimo de un derecho (art. 20, inc. 8 del código penal), en este caso, el derecho de defensa, donde se tendrá que abrir el debate sobre si el actuar se enmarca dentro del contenido jurídicamente protegido de tal derecho y si resulta justificado -previo juicio de ponderación- doblegar o soslayar el derecho al honor y a la buena reputación. Lo mismo puede ser aplicable en el caso del *animus informandi* (ánimo o intención de informar), que puede ser analizado a partir de la causa de justificación como es el obrar bajo el ejercicio legítimo del derecho a la información; entre otros. Esto permite reemplazar el burdo análisis estrictamente subjetivo y de imposible probanza de los *animus*, por uno dogmáticamente congruente y de carácter objetivo.

4.3. RESULTADO N.^º 03

En el derecho comparado se aplica la teoría de los *animus* en el delito de difamación agravada -o en el delito contra el honor que hace sus veces- por razones de política criminal evidenciadas de forma expresa en la redacción del tipo en la ley penal, este es el caso de Bélgica y Chile; mientras que, en España, Alemania, Austria, Italia, Portugal, Argentina y Costa Rica, existe una posición doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria orientada al abandono y superación de dicha teoría.

4.3.1. DISCUSIÓN DEL RESULTADO N.^º 03

El presente resultado guarda justa vinculación con el segundo objetivo específico de esta investigación, consistente en analizar los fundamentos de la aplicación de la teoría de los *animus* en el delito de difamación agravada, a la luz del Derecho comparado.

El Derecho comparado es muy vasto, no obstante, para los efectos de esta investigación se consideraron los sistemas jurídico-penales más influyentes a nivel internacional, tanto de Europa como de latinoamérica.

La controversial aplicación de los *animus* -o técnicamente conocidos como elementos subjetivos del tipo distintos al dolo- en los delitos contra el honor, especialmente, en el delito de difamación agravada, es una realidad vigente y no ajena a la ley, dogmática y jurisprudencia penal del extranjero. El inevitable avance del tiempo y, correspondientemente, del pensamiento jurídico-penal ha dado lugar al progresivo y necesario abandono de la teoría de los *animus* (al menos, así visto por algunos países), a través de modificaciones legislativas, incluso, en la variación de criterios de interpretación normativa propuestos por la doctrina con fuerte incidencia en la jurisprudencia (no del todo uniforme en determinados casos), con el fin de alinear la resolución de casos penales sobre delitos contra el honor conforme a la política criminal de cada Estado extranjero y así otorgar debida tutela al bien jurídico honor.

En la medida que el objeto de investigación gira en torno de la tipicidad subjetiva del delito de difamación agravada, solo se hará énfasis descriptivo y analítico en tal categoría del delito, según la regulación normativa (bipartita, tripartita, etc.) de cada Estado seleccionado, con el propósito de discutir de forma concentrada los argumentos que postulan cada uno de ellos y arribar a una conclusión o síntesis que reflejará la postura de los investigadores.

A partir del resultado obtenido se ha verificado que, en algunos países, como es el caso de Bélgica y Chile, la teoría de los *animus* se aplica en el juicio de tipicidad subjetiva del delito de difamación agravada (o delito contra el honor que hace sus veces). Ello, a razón de la política criminal sobre delitos contra el honor del Estado en cuestión, evidenciada -de forma taxativa o expresa- en la redacción del tipo en su ley penal (código penal). La dogmática penal de dichos países se construye a partir de los mandatos imperativos de la ley, por ser esta la fuente principal de Derecho Penal, subordinando a la jurisprudencia, encargada de aportar hermenéutica jurídica aplicada a la resolución de casos concretos.

En Bélgica, si bien se encuentra regulado el delito de difamación (art. 443 de su código penal), no obstante, no han previsto una forma agravada de comisión. Respecto a la tipicidad subjetiva de dicho tipo penal, tanto la doctrina como la jurisprudencia belga se han decantado por considerar que el tipo requiere de un elemento subjetivo distinto al dolo, como es el *animus iniuriandi*. La razón de esta posición parte de la propia

construcción normativa del tipo, es decir, de su literalidad. El tipo de difamación establece que: “Aquel que **maliciosamente** impute a otro un hecho preciso susceptible de atentar contra el honor de esta persona o de exponerla al desprecio público, y cuya prueba legal no sea aportada (...).” Como se aprecia, la ley exige que la conducta del sujeto agente se realice con malicia “*méchamment*”, interpretándose dicho actuar malicioso con la intención de lesionar el honor ajeno, dada la naturaleza del tipo. Un pronunciamiento jurisprudencial de la Corte de Lieje de Bélgica, rescatada por De Pablo (2014) refleja lo antes señalado: “el autor debe haber actuado maliciosamente, es decir con la intención de lesionar a la persona calumniada o difamada, o de ofenderla; este dolo especial, este *animus iniuriandi* no se presume sino que debe ser probado por la parte perseguidora” (p. 545). A partir de ello, se colige que el legislador belga ha previsto como político-criminalmente necesario exigir una especial intención “maliciosa” de ofender el honor ajeno por parte del sujeto agente, resultando insuficiente el dolo genérico, sancionando solo acciones intencionales, quedando descartado el dolo eventual.

En el caso de Chile, no se encuentra regulado el tipo penal de difamación, pues, se ha apostado por una regulación bipartita de los delitos contra el honor, previendo a los tipos de injuria y calumnia, en sus formas básicas agravadas. No obstante a ello, el tipo de injuria en su forma agravada se asemeja al tipo de difamación, toda vez que, se requiere que la expresión ofensiva se realice por escrito y con publicidad. Respecto a la tipicidad subjetiva de dicho tipo penal, tanto la doctrina como la jurisprudencia chilena (al igual que en Bélgica) se han decantado por reconocer al *animus iniuriandi* como un elemento subjetivo especial del tipo. El fundamento de esta posición parte también de la construcción normativa literal del tipo. El artículo 416 del código penal chileno prevé que: “Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada **en** deshonra, descrédito o menoscenso de otra persona”. Es a partir de esta regulación que aparecen doctrinarios de dicho país, como Viollier (2021), para sostener lo siguiente:

(...) la evolución de la doctrina y la jurisprudencia ha añadido un (...) requisito (...) de carácter subjetivo, al interpretar que la preposición “en” entre los términos ejecutada y deshonra implica la existencia de un ánimo de injuriar por parte del perpetrador, el que ha sido denominado como *animus iniuriandi*. De esta forma, en ausencia de este ánimo de dañar a la persona aludida, no es posible que se configure el delito de injuria. (p. 309)

El uso del término “en” construcción típica de la injuria marca el derrotero para el análisis de la tipicidad subjetiva del tipo, dado que, evidencia la necesidad de

verificarse un propósito o intención especial de atentar contra el honor ajeno por parte del sujeto agente, por lo que se convierte en un delito de tendencia; así también lo ha establecido la Corte de Apelaciones de Valdivia - Chile, en un pronunciamiento recaído en el rol N.^o 276-2017, sentencia de fecha 25 de junio de 2017, en el que la corte “(...) señaló que el delito de injurias corresponde a un delito de tendencias” (Viollier, 2021, p. 309), asimismo, Viollier (2021) destaca que la propia corte define al *animus iniuriandi* como “un dolo específico independiente del dolo directo (...)” (p. 309). Al acoger la teoría de los *animus*, la Corte Suprema de Chile, en la sentencia recaída en el rol N.^o 28710-2003, considerando 16, ha establecido que, una expresión que persigue como propósito o intención única de informar sobre determinada situación no puede considerarse como injuriosa, al sostener que “*el animus narrandi*, el ánimo de informar, excluye el *animus iniuriandi*”, desde ese razonamiento se puede establecer el reconocimiento de la posibilidad de anular la intención injuriosa mediante la verificación de otra intención, o sea, se puede efectuar un *animus vs animus*.

En palabras de Viollier (2021), este elemento subjetivo del tipo distinto al dolo permite al juez chileno determinado margen de interpretación discrecional: “(...) de forma tal que expresiones legítimas no queden cubiertas por el tipo, ya que, aunque causen deshonra, descrédito o menospicio en el afectado, no han sido proferidas con la intención de injuriar por parte del imputado” (p. 309). Esta afirmación parecería evidenciar la razón político-crímenal de la regulación normativa del *animus iniuriandi* en dicho código penal, donde solo es posible proteger el honor de las personas frente a conductas estrictamente intencionales que presupongan un título de imputación por dolo directo, quedando anulada la posibilidad de sanción por dolo eventual.

Ahora bien, en otros sistemas penales de Europa y de latinoamérica, ocurre lo contrario al Derecho penal belga y chileno, pues, no se recurre a la teoría de los *animus* en el juicio de tipicidad del delito de difamación (o el que haga sus veces); cada país bajo razones determinadas, pero coincidentes en considerar a dicha teoría superada y abandonada dogmáticamente.

En España, si bien no existe el tipo penal de difamación porque se ha apostado por una regulación bipartita de los delitos contra el honor, previendo a la injuria y calumnia, no obstante, dichas figuras delictivas poseen formas agravadas que se asemejan a una conducta considerada difamatoria en el Perú, pues, si nos remitimos a los artículos 206 y 209 del código penal español, se verificará que tanto la calumnia como la injuria tienen una forma agravada consistente en la “propagación con publicidad”. Sobre

la tipicidad subjetiva de los delitos contra el honor, sostiene De Pablo (2014) que, la posición dogmática penal ampliamente mayoritaria en España considera que:

(...) el tipo subjetivo del delito de injurias se colma con la presencia del dolo genérico, es decir, con los típicos elementos de conocimiento y volición en el sentido de querer y tener conocimiento de que están profiriendo palabras ofensivas o deshonrosas. Así, la tradicional exigencia de un *animus iniuriandi* como dolo específico del delito de injurias, acorde con la consideración de la injuria como un delito intencional, ha desaparecido. (p. 1039)

En la misma línea, Gálvez et al. (2017), refiere que, en la doctrina española: “Existe una posición mayoritaria (...) que estima que ni la descripción legal ni del sentido del tipo de injuria se desprende la exigencia de *animus iniurandi* distinto del dolo típico” (p. 155). El mismo criterio se aplica para el delito de calumnia. Si bien del texto legal no fluye la exigibilidad del *animus* como si ocurría en el código penal español derogado de 1944 donde se regulaba que la conducta deba realizarse “en deshonra, descrédito o menoscabo de otra persona”, no obstante, aun fuera así, no tendría lugar razonable la aplicación de lo *animus* debido a una serie de incongruencias advertidas por Molina (2003), la principal a partir de posibilidad de eliminación del *animus iniuriandi* mediante otro *animus* que trae como consecuencia la atipicidad del tipo de injurias:

(...) la exclusión de las injurias por esta vía resultaba incorrecta por dos razones, la primera porque nada impide que pese a la existencia de uno de éstos ánimos (criticando, consulendi, etc), siga existiendo a la vez el de injuriar; y en segundo lugar, mediante el recurso a los elementos subjetivos como el ánimo de informar o criticar, se estaba encubriendo un problema de conflicto entre derechos que debe resolverse en el campo de la justificación. (p. 294)

Agrega, además, De Pablo (2014) que, con la anterior regulación no había lugar a la posibilidad de comisión del delito de injurias mediante dolo eventual, por ser absolutamente incompatible con el *animus*, situación que, debilitaba la protección del honor en tales circunstancias, pues la sanción penal solo estaba reducida a las conductas efectuadas con dolo directo. Gracias a la entrada en vigencia del código penal de 1995, es que se le cerró el lugar al *animus iniuriandi* como elemento subjetivo del injusto añadido al dolo, favoreciéndose la persecución penal de conductas realizadas con dolo eventual. Es verdad que aún existe determinado sector minoritario en la doctrina y jurisprudencia española que defiende la teoría de los *animus*, empero progresivamente se está asentando y uniformizando su abandono, reflejo de ello es la jurisprudencia de la

Sala de lo Penal del Tribunal Supremo con sede en Madrid, en la STS 2029/2022, de fecha 25 de mayo de 2022, fundamento de derecho tercero, donde establece que: “(...) no es necesario un ánimo especial dirigido a la difamación del sujeto pasivo. La descripción típica actual configura el delito de calumnias como una infracción eminentemente dolosa, (...), sin necesidad de exigir un redoblado *animus difamandi* (...)”, pronunciamiento realizado en el mismo tenor del fundamento jurídico cuarto de la STS 1023/2012, de 12 de diciembre de 2012 de la misma corte.

En Alemania, al igual que el Perú, sí se encuentra regulación del delito de difamación, en su forma básica y agravada. Respecto a la tipicidad subjetiva del referido tipo, ocurre algo muy particular, pues, la redacción de la difamación en el artículo 186 del código penal alemán, prevé lo siguiente: “Quien en relación con otro afirme o difunda un hecho para hacerlo despreciable, o para desprestigiarlo ante la opinión pública, cuando este hecho no se prueba como cierto (...)", pese a que expresamente la ley hace referencia a un propósito del agente “para hacerlo despreciable, o para desprestigiarlo ante la opinión pública”, la doctrina y jurisprudencia alemana no recurren a la teoría de los *animus*, sino, sostienen que basta solo la aplicación del dolo como único elemento subjetivo. Así lo refiere De Pablo (2014):

(...) no se exige una auténtica intención difamatoria, sino simplemente que el hecho no se demuestre como verdadero y que el difamador sea consciente de que está afirmando o difundiendo un hecho difamatorio de la víctima ante una tercera persona, lo que queda comprendido bajo la fórmula del dolo eventual. La intención o propósito del difamador no juega ningún papel en la comisión de este delito (...). (pp. 397-398)

De lo anotado se colige que, solamente el dolo satisface las exigencias de tipicidad subjetiva del tipo de difamación, pudiendo presentarse la acción por dolo directo, esto es, conciencia de la potencialidad o idoneidad de los hechos que afirma para dañar el honor ajeno y querer el resultado, así como también, la comisión a título de dolo eventual, es decir, que el sujeto agente se represente la posibilidad de puesta en peligro del honor de la víctima y aún así lleve a cabo la conducta.

En Austria, al igual que en Alemania y el Perú, se ha previsto el tipo penal de difamación, básica y agravada. Respecto a la imputación subjetiva de este ilícito penal, tampoco se considera -doctrinaria y jurisprudencialmente- ninguna intención o propósito especial de ofender el honor ajeno (*animus iniuriandi* o *difamandi*) como elemento

subjetivo del tipo distinto del dolo, por lo que, la tipicidad subjetiva se satisface solamente con el dolo. Así lo expresa Lambauer (como se citó en De Pablo, 2014):

(...) es suficiente con señalar que no se precisa ningún propósito injurioso en la actuación del difamador (como sí exigía la regulación penal derogada); es, consiguientemente, un delito de dolo general (“*Vorsatzdelikt*”) en el que basta con que el autor comprenda, como un profano en la materia, que sus afirmaciones pueden causar lesión del honor ajeno, que poseen un carácter difamatorio y que se ajustan moderadamente al tipo penal (“*tatbestandmässig*”), lo que incluye la conciencia del ofensor de que profiere las difamaciones de un modo perceptible para terceros (conocimiento que con más razón se exige en el tipo penal de la difamación agravada del art. 111.2 StGB). (p. 440)

Se puede afirmar entonces que, como las exigencias de tipicidad subjetiva se satisfacen con el dolo, resulta admisible la comisión del tipo mediante dolo eventual.

En Portugal, al igual que en Alemania, Austria y el Perú, también se regula el tipo de difamación en sus formas básica y agravada. En cuanto a la tipicidad subjetiva del tipo en cuestión y sobre el controvertido “*animus difamandi*” hay una posición definida:

Existe acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia portuguesas en torno a la no exigencia de un dolo específico en la conducta injuriosa, difamatoria o calumniosa, consistente en la especial voluntad de ofender el honor ajeno, sino que es bastante el dolo genérico, la conciencia de que la conducta puede provocar tal efecto lesivo. No es menos cierto que tal acuerdo se ha alcanzado de forma progresiva. Tiempo atrás la jurisprudencia y un sector de la doctrina sostenían opiniones opuestas a las actuales, entendiendo que el delito de difamación exigía la concurrencia de un ánimo específico de ofensa del honor ajeno. (De Pablo, 2014, p. 465)

En el caso de Italia, ocurre una circunstancia muy particular, pues, existe un solo delito contra el honor y es el de difamación, tipo penal que posee forma básica y agravada. Respecto a la tipicidad subjetiva de este delito -en cualquiera de sus formas- en dicho país, durante el transcurso de los años, se ha vivido un debate relacionado con la exigencia bien de un dolo específico o de uno general. A pesar de que, originariamente, a partir de la teoría del fin antisocial, se estimaba necesario exigir un dolo específico y el *animus iniuriandi*, sin embargo, “la evolución doctrinal y jurisprudencial experimentada en Italia, como en otros países de su entorno jurídico-cultural, ha revelado una tendencia favorable a la simple exigencia del dolo general (...)" (De Pablo, 2014, p. 491). En una

jurisprudencia italiana, de fecha 11 de mayo de 1999, rescatada por De Pablo (2014), se puede verificar expresamente la posición expuesta, en los siguientes términos: “en el ámbito de los delitos contra el honor, no se requiere la presencia de un *animus iniuriandi* o *diffamandi*, sino que es suficiente el dolo genérico, que puede asumir la forma de dolo eventual” (p. 492). Por lo tanto, se puede colegir que en Italia la imputación penal del delito de difamación siempre será necesariamente doloso, admitiéndose cualquier nivel de graduación, sea directo, indirecto o eventual.

En Latinoamérica, ocurre algo muy peculiar en Argentina y Costa Rica, si bien, ambos sistemas penales abandonan o niegan la utilidad de la teoría de los *animus* en los delitos contra el honor decantándose solo por la aplicación del dolo, sin embargo, tal posición dogmática no proviene de la interpretación de la literalidad de sus leyes penales, pues, estas sí hacen referencia a intenciones o finalidades, sino más bien responden a cuestiones estrictamente doctrinarias; muy parecido al sistema alemán.

En Argentina, idénticamente a España, solo se encuentran previstos dos delitos contra el honor, la injuria y la calumnia, sin embargo, estas no poseen formas agravadas propiamente dichas, pero sí diversas modalidades de comisión sancionadas con las penas de los tipos básicos. Respecto a la tipicidad subjetiva de dichos delitos, se ha establecido que ambos se persiguen a título de dolo directo, ello porque, en el caso del tipo de injurias, el artículo 110 del código penal argentino lo regula a través de la siguiente fórmula legal: “El que **intencionalmente** deshonrare o desacreditare a una persona física determinada (...). Sobre el particular, Aguirre y Osio (2013), sostienen que: “el delito de injurias es doloso, y de su literalidad surge que admite solo el dolo directo, pues el legislador aclaró que las expresiones deber realizarse ‘intencionalmente’. Por ende, debe existir una intención en el autor, destinada a deshonrar y/o desacreditar” (p. 19). Dicho término “intencionalmente” responde a una de las modificaciones más importante como parte de la reforma del código penal argentino en materia de delitos contra el honor, siendo incorporado mediante Ley 26.551 de fecha 18 de noviembre de 2009; a razón de ello, Molina (2010), complementa que: “(...) actualmente la reforma incorpora la expresión intencionalmente (...) Con ello, debemos decir que la figura solamente se consumaría ahora, cuando el autor tiene un dolo directo de injuriar. No se puede hacer otra interpretación con la reforma del art. 110” (p. 531).

Respecto a la cuestionable exigencia del *animus* en el delito de injurias, el connotado jurista argentino Bacigalupo (2002) refiere que: “(...) el que profiere expresiones que tienen objetivamente un sentido lesivo del honor y sabe que lo hace,

queriéndolo habrá obrado con dolo. Para la supuesta ‘intención específica de injuriar’ no queda, por lo tanto, espacio alguno” (p. 67). Se colige, entonces que, la dogmática penal argentina descarta toda posibilidad de recurrir a la teoría de los *animus* para llenar de contenido las exigencias de tipicidad subjetiva en los delitos contra el honor, sin embargo, la particularidad -ciertamente cuestionable y controvertida- consistiría en la exclusiva posibilidad de comisión delictiva por dolo directo (también conocido como intención), no dando a lugar al dolo eventual. A partir de lo cual se extrae que, el mensaje político criminal es que se sancionan solo y únicamente las conductas deliberadas, premeditadas e intencionales.

Finalmente, en Costa Rica se ha previsto el tipo penal de difamación, sin embargo, no posee modalidad agravada, como sí ocurre con el tipo de injuria, también regulado como delito contra el honor en código penal costarricense, agravante aplicable cuando la ofensa se infiere en público. Sobre la tipicidad subjetiva en los delitos contra el honor en general, especialmente en el de difamación, tanto la doctrina como la jurisprudencia convienen en abandonar la teoría de los *animus* por considerarla obsoleta y superada, estableciendo que el dolo es el único elemento subjetivo posible de ser usado como título de imputación. Así se puede apreciar en la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, recaída en la resolución N.^o 2002-0226, de fecha 15 de marzo de 2002:

(...) El tipo penal de la difamación no exige la existencia del ánimus especial para su configuración, pues basta el conocimiento puro y simple para completar el elemento subjetivo del tipo, pues la exigencia del ánimus en el sujeto activo, es parte de una doctrina un tanto abandonada sobre la cual ha ahonda también el tribunal de casación.

Complementariamente, en otra jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, recaída en la resolución N.^o 2000-363, de fecha 12 de mayo de 2000, también se marca posición sobre la obsolescencia del *animus iniuriandi* y de la teoría de los *animus* en los delitos contra el honor: “En realidad la mención del *animus iniuriandi* no es correcta (...). La teoría de los *animus* está ya superada a nivel doctrinal y jurisprudencial (...)”.

Ahora bien, como bien se dijo, en la regulación del tipo de difamación (artículo 146 del código penal de Costa Rica) se prevé, literalmente, una aparente intención perseguida por el sujeto, regulada de la siguiente manera: “(...) el que deshonrare a otro o propalare especies idóneas **para afectar su reputación**” (lo subrayado y resaltado es

nuestro), no obstante, no se considera legítimo recurrir a los *animus* para el análisis de imputación subjetiva del anotado delito, por impropio, obsoleto y por impedir una completa protección del honor.

En forma de síntesis, nos permitimos disentir en su totalidad con el tratamiento de los tipos de difamación e injuria agravada en los sistemas penales belga y chileno, respectivamente, toda vez que, con los criterios dogmáticos desarrollados a partir de la interpretación de sus regulaciones normativas se vacía clamorosamente de contenido al bien jurídico honor y lo coloca en una situación de indefensión a razón de cuestiones meramente subjetivas provocadas por la utilización de la teoría de los *animus*; circunstancia que no puede ser de recibo dentro de un Estado de Derecho contemporánea, donde la forma adecuada de limitar o restringir un derecho fundamental como el honor debería ser a través de un juicio ponderativo con otro derecho en controversia, realizable en el fuero de la antijuridicidad, verificando la existencia o no de alguna causa de justificación de la conducta. Esto permitiría una mejor lectura y mensaje a la población, pues, se establecería que cualquier conducta que ponga en peligro, incluso lesione, el honor o reputación ajenos, cumple con los estándares de tipicidad, pero podría estar justificado siempre que el ordenamiento jurídico en general lo permita bajo determinados supuestos; como ocurre en España, Alemania, Austria, Italia, Portugal y Costa Rica, con excepción de Argentina donde, si bien no se hace uso de los *animus*, sin embargo, solo son reprimibles las conductas contra el honor cometidas con dolo directo.

4.4. RESULTADO N.^º 04

La jurisprudencia nacional de la Corte Suprema recurre de forma mayoritaria y tradicional a la teoría de los *animus* en el juicio de tipicidad subjetiva del delito de difamación agravada, sin embargo, en el Recurso de Nulidad N.^º 449-2009/LIMA, caso Paolo Guerrero vs. Magaly Medina, el tribunal inutiliza dicha teoría optando por resolver el conflicto aplicando el dolo eventual a partir de criterios funcionalistas.

4.4.1. DISCUSIÓN DEL RESULTADO N.^º 04

A nivel de la Corte Suprema, se han tenido resueltos muchos recursos de nulidad de forma controversial, que no terminaban declarando la nulidad de los pronunciamientos de primera y segunda instancia, a razón de acreditarse o tenerse probado la existencia del *animus difamandi*, en los delitos de difamación agravada por la evidente intensión maliciosa cercana al dolo directo (según el caso concreto). Este elemento anímico visto

como elemento de tendencia interna intensificada, es definido con un contenido especial de la voluntad del sujeto agente, el cual confiere una mayor peligrosidad para con el bien jurídico protegido, honor. Jurisprudencialmente, los criterios no empalman un unísono pensamiento sobre ello, algunos magistrados en algunos pronunciamientos particulares confunden inclusive este elemento, no como uno de tendencia interna intensificada sino como uno de tendencia interna trascendente, del cual podemos entender que no podemos esperar un aporte bien elaborado y menos, una aplicación jurisdiccional que maneje fielmente éstas categorías, sino existe un desconocimiento sobre ello.

Cierto es que a partir de los pronunciamientos acopiados para esta investigación. Se advierte de manera horizontal la presunción de la existencia del *animus*, de forma manifiesta para la comisión de los delitos cometidos a título de dolo directo - primer grado, o dolo indirecto - segundo grado. Entonces, dentro de toda conducta donde exista un fuerte contenido volitivo (intención de lesionar el bien jurídico), existirá la presencia del *ánimus difamandi*. En otras palabras se tendrá por sobreentendida la existencia de éste elemento al mero hallazgo o comprobación el dolo directo, - mas no el dolo genérico -. A ello, consideramos que un desarrollo justo en la jurisprudencia, se funda de manera variada, sin embargo dentro del proceder de nuestros magistrados, cada vez más se está dejando en desuso el criterio que diferencia al dolo y al *animus*, y tomando realce aquel que visiona a dichos elementos subjetivos como expresiones del mismo. En el fundamento séptimo del Recurso de Nulidad N° 3301-2008/LIMA, la Corte Suprema indica:

La difamación es un delito de conducta o actividad y exige del sujeto activo la intención o ánimo de difamar o lesionar el honor o la reputación de una persona ; es decir, tiene como elementos objetivos y subjetivos: a) atribuir a una persona un hecho, calidad o conducta que perjudique su honor o reputación; b) la posibilidad de difusión y publicidad de las imputaciones; y el “*animus difamandi*” como elemento de tendencia interna que implica la especial intención de dañar el honor.

Si bien hay un reconocimiento expreso, en el literal b) que a la letra lo define como un elemento de tendencia interna, no hace un distingo mínimamente con el dolo, y mucho menos resalta su trascendencia práctica. Dicha falta conceptual y de desarrollo, también se evidencia en el Recurso de Nulidad N° 1102-2019/LIMA, en el que dentro de su fundamento quinto, se evidencia un fuerte contenido anímico:

Las frases emitidas por el encausado Said Montiel, son patentemente ofensivas. Denotan un ánimo marcadamente difamador. Decir a una persona, a través de una red social, de acceso público – quien, por lo demás es una persona pública –, que es un “corrupto” y además una “basura”, a propósito de la queja de un ciudadano, por lo que consideró una atención indebida de la aerolínea que dirige el agraviado, no tiene justificación ni exculpación alguna (...). El dolo, como elemento subjetivo, se advierte de las propias expresiones escritas utilizadas y del contexto en que se dijeron – el hecho psicológico o interno se prueba mediante prueba por indicios –. Afirmar sin más que, como persona, se es corrupto y una basura es una ofensa manifiesta o palmaria. Más allá de lo impropio de la teoría de los *animus* para excluir el elemento subjetivo en el delito de difamación, lo esencial es determinar la intención ofensiva desde los términos utilizados por el agente activo (...).

Es aquí donde cobra sentido la consigna sobre la cual, afirmamos que el desuso de la teoría de los *animus*, se refleja en los pronunciamientos acotados progresivamente, tal como fue mencionada la referida en el párrafo anterior, al considerar como *impropia* dicha teoría. Sin lugar a duda, para los investigadores es un total un acierto, por los motivos expuestos en los resultados anteriores, toda vez que el despropósito de este elemento anímico para con los fines del Derecho Penal, así como para a la protección preventiva de bienes jurídicos, aborta gradualmente el cumplimiento de los fines del derecho penal. En esa misma línea argumental, concuerda Peña (2018) que:

(...) el tipo subjetivo del injusto se reduce al conocimiento del riesgo no permitido que con su comportamiento está creando el autor para con la indemnidad del interés público (dolo); que lo haga de forma deliberada, intención, con maldad, menoscabo es una cuestión adentrada al espíritu que ningún interés ha de tener para dar por acreditada la conducta típica. (p. 350)

Lo contrario sería aceptar una disminución verdaderamente significativa de los fines preventivo-generales, propias del sistema jurídico penal. Vale agregar que, la existencia de los *animus*, en delitos de otra naturaleza desempeñan una función importante para la determinación judicial de la pena (dosimetría de la pena) para los delitos que admiten modalidades agravadas en el código penal. Por lo que esta investigación limita su análisis y estudio sólo a los delitos contra el honor. Las cuestiones que derivan de esta situación, conducen a una interpretación en la que no se niega el reconocimiento de los elementos anímicos, porque aunque puntual o mínimamente se

mencionen, jamás sabremos su fundamento concreto o *ratio essendi* en relación al caso concreto. La ejecutoria suprema del Recurso de Nulidad N° 724-2005/LIMA, refuerza nuestra posición, en su considerando cuarto:

(...) no existe prueba del dolo, de ánimo de injuriar y difamar (...) que, sin embargo, como ya se anotó, es de diferenciar el momento de la agresión denunciada de las expresiones que profirió ante los medios de comunicación social, pues estas son independientes del hecho violento; que como se sabe – desde las exigencias probatorias – los hechos internos como el dolo y además elementos subjetivos se infieren a partir de indicadores externos, en este caso, de las palabras proferidas por el agente, y – desde la perspectiva del Derecho Penal – el dolo solo requiere que el autor haya tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos; que es evidente que las expresiones proferidas por el imputado son ostensiblemente ofensivas, pues califican expresamente al querellante de coimero e indican que cometió una conducta indebida ética y socialmente reprobable (...).

Claramente, el sentido que la prueba de los hechos internos como el dolo y los elementos anímicos, se deben inferir a través de indicadores externos, esto no es más que la expresión lesiva; parte del desarrollo del segundo capítulo lo conforma un punto importante figurado como la *concepción normativo funcional del honor*, el cual describe a este bien jurídico pasible de lesión, por la mera atribución o expresión proferida. Siendo su vulneración, el estadio donde el dolo debe probarse únicamente sobre la base de la expresión exteriorizada, cuya convicción de los hechos se logrará bajo las normas de la libre valoración probatoria el cual, para la difamación agravada, deben ser eminentemente objetivas. Ahora bien, en esa línea de ideas destacamos un caso mediático que ilustra, la forma adecuada de resolver frente a un controversial supuesto de vulneración del bien jurídico honor, y a su vez brindando conceptos claros sobre el sentido amplio de la misma, la buena reputación. Pues más allá de sus diferencias, el Recurso de Nulidad N° 449-2009/LIMA, destierra de manera absoluta la teoría de los *animus*, con un fallo novísimo en su tiempo; el cual sienta las bases de la debida protección del bien jurídico honor y del correcto análisis de imputación subjetiva ante la inminente presión mediática. El fundamento séptimo nos muestra lo siguiente:

(...) la defensa técnica de la querellada sostiene que ésta actuó bajo los alcances del principio de confianza en tanto que el proceso de producción de la información implicó la actuación de diversos agentes y una concreta división de

trabajo; que, al respecto, es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas compone el proceso de trabajo. Esto implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo, y, por lo tanto, un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como siempre no es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo. (...) Así cuando ha precedido una adecuada selección del personal, dicho principio, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no lo haya provocado dolosamente (...).

Entre las líneas de la alegación por parte del abogado de Magaly Medina, se hacía referencia a la vulneración al principio de legalidad por la supuesta atipicidad de los hechos respecto a la imputación objetiva (por falta de elementos típicos) y por no valorarse el principio de confianza, sobre la imputación subjetiva advierten la falta del elemento volitivo (dolo directo), arguyendo que la querellada no participó en el proceso en el control de las fuentes de información confiando en la veracidad del contenido proporcionado por su equipo periodístico; bajo estos y otros argumentos se plantó el recurso de nulidad, con fines de que la querella por difamación agravada sea declarada nula. No obstante la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, deslinda ciertamente que no existió intención alguna de vulnerar el honor y la buena reputación de Paolo Guerrero, a título de dolo directo – lo que naturalmente importaría para los delitos de tendencia interna –, sin embargo cabe resaltar que Magaly Medina [sí] tuvo lugar dentro de todo el proceso de control la información del contenido dañoso, publicado en medios televisivos y su revista a nivel nacional (el 20 y 21 de noviembre del 2007) en su calidad de directora/conductora, comprometiendo enteramente su deber de diligencia por la falta de corroboración de la información, cuya labor es inherente a la actividad que realiza.

El riesgo permitido de la actividad periodística tiene límites claros sobre los cuales reposan deberes generales de abstención (de no vulnerar la intimidad personal, el honor y la buena reputación de las personas), así como deberes especiales (para con la veracidad de la información) que necesitan formación y reconocimiento del estado para desempeñar la función divulgadora de información de interés nacional y socialmente tolerada, cuya actividad se rige bajo lo regulado por el Código de Ética del Periodista;

esto deposita una mayor responsabilidad, que del caso en mención no deba dejarse de lado lo establecido por su artículo n°4 respecto a las funciones periodísticas: “*Ubicar informaciones y documentos cuyo origen haya sido plenamente verificado, sin suprimir, desnaturalizar, ni añadir hechos que puedan tergirversar la información*”, sustento que aplica a la querellada y que además anula toda posibilidad de eximirse de dicha responsabilidad bajo el principio acotado, si de la función que desempeñaba se conocía que ella era quien decidía que información sale y no sale al aire o no, que se publicaba y que no. Por lo que para la sala, ella mantenía su función de garante, lo que en términos de imputación objetiva, la corte suprema indica que la actividad de la querellada resulta de alto riesgo en relación al honor de las personas y por lo cual le corresponde asumir una posición de garante con la capacidad de atribuirse el resultado, conforme al fundamento séptimo, esto sucede al no estar delimitada de manera estricta, los roles o funciones en la intervención de cada miembro de su equipo periodístico.

Las condiciones de su rol de garante se asientan en que i) el contenido era conocido por la querellada, así como las circunstancias en cómo se obtuvieron, ii) interviene en el proceso de control de información, dando la orden al encargado, que no corrobore la veracidad de la información más sólo que confirme el dato, iii) conocía que quien tomó las fotografías no efectuó un control de la información, de lo cual se colige, que en su deber de garante no cotejó las fuentes sin asegurarse del grado de verosimilitud sobre correspondencia con los hechos a la realidad, iv) el vano intento de responsabilizar al director asociado, sin existir una delimitación estricta de los roles. Ello configura una intervención como garante de mayor exigibilidad. Y v) el no dotar de los medios adecuados para la ejecución de su función de garante, considerando el riesgo de la actividad que desempeñaba para con el honor y la norma prohibitiva de “no afectar el honor de las personas”, era una actitud contraproducente respecto a el control de las fuentes de información. Según Angulo (2022), “se requiere un mayor control de las fuentes de peligro que amenazan – seria y gravemente – bienes jurídicos como el honor de las personas” (p.233).

A ello agregamos el suceso ocurrido a poco después de la comisión de los hechos; con el rompimiento de la misiva notarial enviada, la que ante toda la audiencia nacional efectuó, evidenciando una conducta renuente a verificar la evidencia que sustentaba la información contenida, además del convencimiento de que actuaba conforme a la verdad bajo una cuestionable asesoría de su entonces abogado el Dr. César Nakazaki. Lo que permite a la Sala inferir que la representación de la vulneración de la norma era más que

probable conformándose con el resultado (por lo que le es atribuible el delito subjetivamente por dolo eventual), continuando sin rectificarse ante la teleaudiencia nacional incrementando el riesgo. A resultas de mencionado y quebrándose todo supuesto de principio de confianza, primando el deber de garante en el despliegue de las actividades periodísticas, se adiciona a ello el fundamento que “mientras más pública es la persona agraviada por una difamación, mayor es la afectación a su honor”(Angulo, 2022,p.234), lo que sostiene una insoslayable atribución del delito por una conducta que pudo evitarse si se hubiera procedido con una mayor diligencia. Finalizando así, un análisis que concierta los argumentos necesarios y fuertes ante la ausencia de una intención maliciosa por parte de una conducta de TV muy famosa en la televisión nacional, pues carece de utilidad frente a los fines de la pena para con el delito de difamación agravada, el ahondar en elementos anímicos que de manera tirante rayan con los límites legalmente permisibles por la naturaleza de la lesión del bien jurídico honor. Siendo la mejor y única alternativa - bajo un criterios funcionalista que garantiza el cumplimiento de los fines de la política criminal para con la sociedad - , instrumentalizar efectivamente el dolo eventual, como mecanismo de indispensable tipificación dentro del juicio de imputación subjetiva el cual como venimos desarrollando, cobra especial realce en su elemento cognoscitivo, al asumir el resultado posible del peligro representado por el sujeto agente.

V. CONCLUSIONES

1. La aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual en el delito de difamacióngravada, sin recurrir a la teoría de los *animus*, que lo define como tipo penal de tendencia interna intensificada, simplifica la actividad probatoria dirigida a acreditar la comisión o no del delito y ayuda a reducir la brecha de impunidad generada por la dificultad de probar la especial intención del sujeto agente de lesionar el bien jurídico honor, permitiendo su debida tutela.
2. La aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual permite la tutela debida del bien jurídico honor en el delito de difamación gravada, sin recurrir a la teoría de los *animus*, porque forma parte de un correcto análisis de imputación subjetiva, coherente con la concepción normativo funcional del honor, acentuado el elemento intelectual más que el volitivo, que sin desconocer a este último como la mera asunción del resultado, representa una situación que permite responsabilizar por este delito al sujeto agente, cumpliendo con los fines de la política-criminal establecida para los delitos contra el honor, así como el respeto del principio de legalidad.
3. Determinado sector de la dogmática penal nacional alineado con el principio de legalidad habilita la aplicación del dolo eventual como último filtro y título de imputación subjetiva en el delito de difamación gravada; en dicha aplicación, haciendo uso de criterios del sistema jurídico-penal funcionalista, se pondera el elemento intelectual o cognitivo frente al volitivo o psicológico, dando lugar a la protección del honor respecto a conductas realizadas con conocimiento de la posibilidad de realización típica.
4. En el derecho comparado de Europa y de Latinoamérica se aplica la teoría de los *animus* en el delito de difamación gravada, o en el delito contra el honor que hace sus veces, por razones de política criminal evidenciadas y verificables de forma expresa en la redacción o construcción literal del tipo en la ley penal, este es el caso del sistema penal de Bélgica y Chile; mientras que, en España, Alemania, Austria, Italia, Portugal, Argentina y Costa Rica, existe una postura doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria orientada al abandono y superación de dicha teoría por considerarla obsoleta.
5. La jurisprudencia nacional de la Corte Suprema recurre de forma mayoritaria y tradicional a la teoría de los *animus* en el juicio de tipicidad subjetiva del delito de difamación gravada, asimismo, no existe pronunciamiento alguno de dicho

tribunal donde se haga referencia expresa y precisa sobre la no necesidad de exigir la concurrencia y probanza del *animus iniuriandi/difamandi* por sus evidentes disonancias dogmáticas, procesales y político-criminales; solo existe jurisprudencia en la que se hace una timorata mención a la intrascendencia del *animus* pero sin mayor relevancia para la resolución del caso concreto y, en el supuesto más optimista, existen pronunciamientos que, de forma implícita, resuelven los conflictos sobre difamación agravada con la aplicación del dolo como único elemento subjetivo del tipo, sin tomar posición sobre el *animus*, como sí ocurre con el Tribunal Supremo español.

6. Entre los casos materia de análisis que formaron parte de la muestra de esta investigación, el más trascendente por emblemático y dogmáticamente correcto es el Recurso de Nulidad N.º 449-2009/LIMA, caso Paolo Guerrero vs. Magaly Medina, pues, confirma el criterio que se alinea a una hermenéutica jurídica correcta sobre el análisis de tipicidad subjetiva del delito de difamación agravada, haciendo uso del título de imputación por dolo eventual, pues lo resuelto por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el fundamento séptimo de su pronunciamiento, donde, sin hacer uso de la teoría de los *animus*, analiza la conducta de la querellada a partir de criterios funcionalistas, desvirtuando la alegación del principio de confianza -invocado por su defensa- por la evidente división de funciones dentro de la organización, tras acreditarse que, dentro del proceso de producción de la información de los medios de comunicación, era ella -en su calidad de directora/conductora- quien dirimía la puesta al aire del contenido, demostrándose así su posición de garante y su actuar doloso

VI. RECOMENDACIONES

Recomendamos tomar acción inmediata, a través de las vías administrativas correspondientes ante el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial como principal órgano de apoyo del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, con el fin de promover la inclusión en la agenda de Plenos Jurisdiccionales Nacionales en materia penal del año 2024, con el objetivo uniformizar los criterios jurisprudenciales de las distintas salas penales de la Corte Suprema de Justicia y demás cortes de primer y segunda instancia, sobre el análisis de imputación subjetiva en el delito de difamación agravada.

<p style="text-align: center;">"AÑO DE LA UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO"</p> <p style="text-align: right;">Chimbote, 15 de noviembre de 2023</p> <p>SR. DR. HECTOR ENRIQUE LAMA MORE CONSEJERO RESPONSABLE DEL CONSEJO DE CONSULTIVO DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES DEL PODER JUDICIAL LIMA. -</p> <p>Asunto :SOLICITAMOS APERTURA ANTE SU REPRESENTADA PARA EL DESARROLLO DE UN PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL EN MATERIA PENAL, SOBRE UN TEMA DE ALTO INTERÉS JURÍDICO.</p> <hr/> <p>Nos dirigimos a su despacho a fin de saludarlo cordialmente y a la vez, informarle que ante la controvertida existencia de pronunciamientos jurisdiccionales divergentes de las distintas salas penales de la Corte Suprema, sobre la exigencia del <i>animus difamandi</i> en el análisis de imputación subjetiva del delito de difamación agravada, afectan la predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales, trayendo consigo un retroceso en el especial interés de garantizar la seguridad jurídica y la protección de bienes jurídicos altamente sensibles como el honor, concebida como la máxima expresión de la dignidad de persona humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución de 1993 y demás normas de corte internacional.</p> <p>Dicha situación, reviste a todas luces una pesadumbrosa complejidad a nivel del proceso penal en su ámbito probatorio; en el cual encontramos una amplia disparidad de pronunciamientos que no hacen más que obstaculizar el logro de los fines del derecho penal, por la mera persistencia – en jurisprudencia mayoritaria –, de acreditar la existencia de dicho <i>animus</i>. A razón de ello, sustenamos y afirmamos en la tesis titulada “APLICACIÓN JURÍDICO FUNCIONALISTA DEL DOLO EVENTUAL VERSUS LA TEORÍA DE LOS ANIMUS EN EL DELITO DE DIFAMACIÓN AGRAVADA, PARA LA DEBIDA TUTELA DEL HONOR”, la superación transversal de este elemento volitivo distinto al dolo, el cual tras un elaborado sustento dogmático-penal (teoría funcionalista), concluimos que la aplicación del dolo eventual o dolo de tercer grado, permite ampliar su margen de protección.</p> <p>El estudio y análisis de los distintos recursos de nulidad de querellas interpuestas ante la Corte Suprema, permiten conocer la escasa unidad de criterios sobre la exigencia o no del <i>animus difamandi</i> así como su casi nulo desarrollo por el órgano jurisdiccional, restando el margen de protección al bien jurídico antes mencionado. Sin embargo, a raíz del caso Paolo Guerrero vs Magaly Medina - Recurso de Nulidad N.º 449-2009/LIMA, podemos confirmar que bajo un criterio funcionalista la aplicación del dolo eventual permite realizar un juicio de imputación subjetiva adecuado que garanticé la política criminal del derecho penal, resaltando por sobre la deconstruida teoría de los <i>animus</i>. Por lo tanto, en aras de homogenizar este criterio de aplicación para los delitos contra el honor, demostrando su factibilidad y fundamento; SOLICITAMOS ante su persona la inclusión necesaria a la agenda en el Pleno Jurisdiccional Nacional del año 2024, en aras de fijar la uniformidad de criterios de los órganos jurisdiccionales a nivel nacional sobre esta materia.</p> <p>Mediante la presente expresamos académicamente, nuestro aporte jurídico para con la sociedad y los justiciables, quedando a la espera de su pronta respuesta.</p> <p>Atte.</p> <p> Elías Emael Fernández Zavaleta DNI.70605496</p> <p> Christian Aarón Ramírez Olivera DNI. 72663244</p>	
--	--

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y VIRTUALES

7.1. LIBROS

- Almanza, F. (2022). *Manual de Teoría del Delito*. San Bernardo.
- Álvarez, J. (2003). *Cómo hacer investigación cualitativa. Fundamentos y metodología*. Paidós.
- Amaya, C. (2005). *Delitos con la integridad moral, Injuria y Calumnia*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Angulo, P. (2021). *La difamación mediática. Art. 132, tercer párrafo, del CP*. Jurista Editores.
- Aranzamendi, L. (2015). *Investigación Jurídica de la Ciencia y el Conocimiento Científico - Proyecto de Investigación y Redacción de la Tesis*. Grijley.
- Aranzamendi, L. (2017). *Metodología de la Comunicación Académica y Científica*. Grijley
- Bacigalupo, E. (2002). *Delitos contra el honor*. Editorial Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Ara.
- Barroco, P. (1984). *Límites Constitucionales al Derecho a la Información*. Editorial Mitre.
- Bernal, J. et al (2019). *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2016). *Metodología de la Investigación - Administración, economía, humanidades y ciencias sociales* (4a ed.). Pearson.
- Binder, A. (2004). *Introducción al derecho penal*. Ad-Hoc.
- Bramont-Arias, L. (1990). *Temas de Derecho penal. T. 1*. SP editores.
- Bramont-Arias, L. y García, M. (1997). *Manual de Derecho penal. Parte especial* (3.^a ed.). Editorial San Marcos.

- Bramont-Arias, L. y García, M. (1998). *Manual de Derecho penal. Parte especial* (5.^a ed.). Editorial San Marcos.
- Buompadre, J. (2010). *Delitos contra el Honor*. Editorial Astrea.
- Bustos, J. (1991). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Ariel.
- Caballero, J. (2007). *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar ya la propia imagen. Derecho de rectificación. Calumnia e injuria. Síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales y Fiscalía General del Estado*. DYKINSON.
- Calderón, L. (2015). *La querella en el Nuevo Código Penal*. Editorial DANIK.
- Cancio, M. (2004). *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Carrasco, D. (2006). *Metodología de la Investigación Científica*. Editorial San Marcos.
- Carmona, C. (Dir.). (2000). *Compendio de Derecho Penal Español Parte Especial*. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales.
- Carrara, F. (1971) *Programa de derecho penal. Parte General*. (Ortega Torres, J. trad.). Temis.
- Castillo, J. (2006). *Jurisprudencia penal 2. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*. Grijley.
- Cerda, H. (1993). *Los Elementos de la Investigación como reconocerlos, diseñarlos y construirlos*. Editorial el Buho Ltda.
- Cerezo, M. (2003). *Curso de derecho penal español, parte general. T. I*. Tecnos
- Chirinos, F. (2006). *Código Penal, Comentado, concordado, anotado, sumillado, jurisprudencia*. Editorial Rhodas.
- Creswell, J. (2005). *Educational research: Planning, conducting, and evaluating quantitative and qualitative research*. University of Nebraska.
- Cruz, J. (2006). *Los Métodos para los Juristas*. Trotta.

- Cuello, J. (1996). *El derecho Penal Español, Curso de iniciacion, Nociones introductorias. Teoria del delito* (1.^a y 2.^a ed.). Tratados y Manuales, Cáceres.
- Cueto, J. (1957). *El “COMMON LAW” su Estructura Normativa - Su Enseñanza*. Editorial La Ley.
- De Pablo, A. (2017). *Protección Penal del Honor y el conflicto con las libertades informativas, modelos del Common Law, continental europeo y del Convenio Europeo de DD.HH.* Editorial BdeF.
- Díaz, M. (1994). *El dolo eventual.* Tirant Lo Blanch.
- Diaz, V. (2009). *Metodología de la Investigación Científica y Bioestadística para Profesionales y Estudiantes de Ciencias de la Salud* (2da. ed). RILeditores.
- Escudero, C. y Cortez, L. (2018). *Técnicas y métodos cualitativos para la investigación científica.* Editorial Utmach.
- Estela, J. y Moscoso, V. (2019). *Metodología de la Investigación Científica ¿Cómo hacer una tesis?.* Grijley.
- Fernández, J. (1995). *Derecho penal fundamental* (2.^a ed.). Vol. II. Temis
- Fracica, N. (1998). *Modelo de simulación en muestreo.* Universidad de la Sabana
- Galvez, T. y Rojas, R. (2017). *Derecho Penal Parte Especial. T. I.* Jurista Editores.
- Gálvez, T., Delgado, W. y Rojas, R. (2017). *Derecho Penal. Parte Especial. T. II.* Jurista Editores.
- Garcia, P. (2019). *Derecho Penal Parte General* (3.^a ed. corregida y actualizada). Ideas Solución Editorial.
- Garrido, M. (1998). *Derecho penal: Parte general. T. 3.* Editorial Jurídica de Chile.
- Gómez, E. (1939). *Tratado de Derecho Penal. T. I y II.* Compañía Argentina de Editores.
- Gómez, G. (2007). *Código Penal. Concordado, sumillado y jurisprudencia.* Rhodas.

Hernández, R., Fernandez, C., Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación* (6ta.ed). McGraw-Hill / Interamericana Editores.

Huizanga, J. (1945). *El otoño de la Edad Media*. Revista de Occidente.

Hurtado, J. (2016). *El sistema de control penal. Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales*. Instituto Pacífico.

Jackobs, G. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcionalista*. (Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoó Sanchez, trad.). Palestra.

Jackobs, G. (2001). *La imputación objetiva en derecho penal* (Trad. de Manuel Cancio Meliá). Grijley.

Jaén, M. (2002). *Derecho penal aplicado*. Jurista Editores.

Jany, E. (1994). *Investigación integral de mercados*. McGraw-Hill.

Jescheck y Heinrich. (1993). *Tratado de derecho penal. Parte general*. (Manzanares Samaniego, trad.). Comares.

Jescheck, H. y Weingend, T. (2002). *Tratado de derecho penal parte general* (5.^a ed. renovada y ampliada). Comares.

Kinnear, T. y Taylor, J. (1993). *Investigación de mercados*. McGraw-Hill.

Laurenzo, P. (2002). *Los Delitos Contra el Honor*. Tirant Lo Blanch.

López, E. (1996). *El Derecho al Honor y el Derecho a la Intimidad: Jurisprudencia y doctrina*. DYKINSON.

López, J. (2004). *Derecho Penal Parte General: Introducción a la teoría jurídica del delito*. Gaceta Jurídica.

Luzón, D. (1999). *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Editorial Universitas.

Luzón, D. (2001). "Dolo y dolo eventual: reflexiones". *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Editorial Universidad de Castilla.

- Marciani, B. (2004). *El Derecho a la Libertad de Expresión y la tesis de los Derechos Preferentes*. Palestra Editores.
- Maya, E. (2014). *Métodos y técnicas de investigación*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Marín, T. (2000). *Derecho al honor y su protección desde la Constitución española*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal – Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Fondo Editorial PUCP.
- Mendoza, M. (2007). *Conflictos entre Derechos Fundamentales. Expresión, Información y Honor*. Palestra
- Merlo, M. (2005). *Delitos contra el honor. Libertad de expresión y de información*. Editorial Universidad.
- Mezger, E. (1955). *Tratado de derecho penal*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Mezger, E. (1957). *Tratado de Derecho Penal* (Rodríguez Muñoz, Trad.). PG.
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal. Parte general*. (C. Finzi, Trad.). Editorial Bibliográfica Argentina.
- Mezger, E. (1959). *Derecho Penal. Parte especial..* (C. Finzi, Trad.). Editorial Bibliográfica Argentina.
- Mezger, E. (2000). *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*. (F. Muñoz, Trad.). Tirant lo Blanch.
- Mir, S. (1995). El Sistema del Derecho Penal en la Europa actual. En B. Schünemann y J. de Figueiredo (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. José María Bosch Editor.
- Mir, S. (2004). *Derecho Penal. Parte General* (7.^a ed.). Editorial B de f.

- Molina, F. (2003). Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria. En M. Bajo (Dir.), *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Morales, J. (2005). Derecho al honor, buena reputación, intimidad personal y familiar, voz e imagen. En W. Gutiérrez (Dir.), *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo, T. I*. Gaceta Jurídica.
- Morán, G. y Alvarado, D.(2010). *Métodos de Investigación*. Pearson.
- Muarach, R. (1994). *Derecho Penal. Parte general I. Teoría General del derecho penal y estructura del hecho punible* (Bofill Genzsch J. trad, 7.^a ed.). Astrea.
- Munné, F. (1979). *Introducción Sistemática a la Sociología General y Especial*. Editorial Hispano Europea.
- Muñoz, F. (1990). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch.
- Muñoz, F. (2003). *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo* (4.^a ed.). Tirant Lo Blanch.
- Muñoz, F. (2004). *Teoría General del Delito* (2.^a ed.). Themis.
- Muñoz, F. (2013). *Teoría General del Delito*. Editorial Themis.
- Muñoz, F. y García, M. (2002). *Derecho Penal Parte General* (5.^a edición). Tirant lo blanch.
- Nizama, M & Nizama L. (2020). El enfoque cualitativo en la investigación jurídica, proyecto de investigación cualitativa y seminario de tesis. Vox Juris, 38 (2), 69-90. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7628480>
- Neill, D. y Suarez, L. (2018). *Procesos y Fundamentos de la Investigación Científica*. Editorial Utmach.
- Novak, F. y Namihas, S. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Academia de la Magistratura.

- Núñez, R. (1986). *Derecho Penal argentino. Parte Especial. T. IV*. Editorial Marcos Lerner.
- O Callaghan, X. (1991). *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Paredes, J. (2008). *La Predictibilidad Jurídica y el Precedente*. Editorial San Marcos.
- Peña, A. (2011). *Curso Elemental de Derecho Penal Parte Especial. T. I*. Editorial San Marcos.
- Peña, A. (2009). *Delitos contra el honor. Conflicto con los derechos a la información y libertad de expresión*. Jurista Editores.
- Peña, A. (2018). *Delitos contra el honor. Conflicto con los derechos a la información y libertad de expresión* (3.^a ed.). Gaceta Jurídica.
- Peña, A. (2019a). *Derecho Penal. Parte Especial. T. I*. IDEMSA.
- Peña, A. (2019b). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. T. I*. Ediciones Legales.
- Peña, O. y Almanza, F. (2010). *Teoría del delito: manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. APECC.
- Pimienta, J. y De la Orden, A. (2017). *Metodología de la Investigación* (3ra. ed). Pearson.
- Polaino, M. y Polaino, M. (2004). *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*. Jurídica Grijley.
- Puppe, I. (2010). *La distinción entre dolo e imprudencia*. Hammurabi.
- Quintero, G. (2000). *Manual de derecho penal: parte general* (2^a ed.). Aranzadi Editorial.
- Ragués, R. (2002). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. J.m Bosch Editor.
- Ramos, C. (2018). *Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Grijley.
- Ramos, J. (1957). *Los delitos contra el honor*. Abeledo-Perrot.

- Real Academia Española [RAE]. (2001). *Diccionario de la Lengua Española* (22^a ed.).
- Reátegui, J. () . *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros.* Instituto Pacífico.
- Reyes, A. (1989). *Derecho penal. Parte general.* Ed. Themis.
- Rodríguez, P. (1995). *Teoría de la interpretación jurídica.* Editorial Jurídica de Chile.
- Rojas, F. (1999). *Jurisprudencia Penal Comentada. Ejecutorias Supremas y Superiores 1996-1998. T. I.* Gaceta Jurídica.
- Rompani, S. (1943). *Delitos de Difamación e injuria y legislación sobre imprenta.* Claudio García & Cía Editores.
- Roy, L. (1974). *Derecho penal. Parte especial.* Instituto Peruano de Ciencias Penales.
- Roy, L. (1983). *Derecho Penal Peruano. Parte Especial. T. III.* Instituto de Ciencias Penales.
- Roy, L. (1989). *Derecho Penal. Parte Especial. T. I.* AFA Editores Importadores.
- Roxin, C. (1999). *Derecho Penal. Parte General. T. I (trad. a la 2^a Ed. Alemana por Diego- Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz García Conlleido/Javier de Vicente Remesal).* Civitas.
- Roxin, C. (2008). *Derecho Penal. Parte General. T. I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (2.^a ed.). (D., Luzón Peña y otros, Trad.). Civitas.
- Rubio Correa, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho* (10a Ed.). Fondo Editorial PUCP.
- Salinas, R. (2005). *Derecho Penal. Parte Especial.* IDEMSA.
- Salinas, R. (2018). *Derecho Penal. Parte Especial. Vol. I* (7.^a ed.). Editorial Iustitia.
- Serrano, A. (2012). *Derecho Penal. Parte Especial.* Dykinson.

- Sierra, B. (1995). *Técnicas de Investigación Social Teoría y Ejercicios*. Paraninfo Thomson Learning
- Silva, J. (2000). *Estudios de Derecho Penal*. Grijley - Instituto de Ciencias Penales.
- Simons, H. (2011). *El estudio de caso: Teoría y práctica*. Ediciones Morata, S.L.
- Soler, S. (1951). *Derecho Penal argentino. T. 1*. Tipográfica Editora Argentina.
- Stake, R. (1995). *Investigación con Estudio de Casos (2nda. Ed.)* Morata S.L.
- Strauss, A. y Corbin, J. (1998). *Bases de la investigación cualitativa Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada*. (2nda. ed.) Editorial Universidad de Antioquia.
- Tavares, J. (2003). *Algunas Reflexiones sobre el concepto comunicativo de conducta, en el Libro Homenaje al profesor doctor Enrique Bacigalupo*. Ara.
- Torres, F. (2011). *Manual de Derecho Penal*. Ediciones USTA.
- Tucto, C. (1998). *Código Penal, anotado, sumillado, concordado, ejecutorias*. Editorial Huallaga.
- Ugaz, J. (1999). *Prensa juzgada. Treinta años de juicios a periodistas peruanos (1969-1999)*. Instituto Prensa y Sociedad.
- Vazquez, J. (1995). *La Protección Jurídica del Honor*. Rubinzel Culzoni Editores.
- Villa, J. (1998). *Derecho Penal Parte Especial. T. I-B*. Editorial San Marcos.
- Villavicencio (2015). *Derecho Penal parte general*. Editorial Grijley.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte General*. Grijley.
- Villavicencio, F. (2014). *Derecho penal. Parte Especial. Vol. I*. Grijley.
- Villegas, E. (2014). *Los delitos culposos y el dolo eventual en la jurisprudencia (1.^a ed.)* Gaceta Jurídica.
- Von Liszt (s.f). *Tratado de derecho Penal*. (Jimenez de Asúa trad, 3.^a ed.). Madrid.

Weber, H. (1982). *Para la estructuración del sistema del derecho penal* (Zaffaroni R. Trad.). Nuevo Foro Penal N.º 13.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General.* (C. Fontán, Trad.). Roque Depalma Editor.

Welzel, H. (1957). *Derecho natural y justicia material. Preliminares para una filosofía del derecho.* (V. De Felipe, Trad.). Aguilar de ediciones.

Welzel, H. (1964). *El nuevo sistema del Derecho Penal.* (J. Cerezo, Trad.). Ariel.

Welzel, H. (2003). *Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía.* B de F.

Yin, R. (1989). *Case Study Research Desing and Methods, Applied Social Research Methods Series.* Sage Publications.

Zaffaroni, E., Alagia, A., y Slokar, A. (2000). *Derecho penal: parte general* (2a ed.). Comercial Industrial y Financiera.

Zugaldía, J. (1986). *La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual.* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

7.2. ARTÍCULOS DE REVISTA

7.2.1. IMPRESO

Arroyo, L. (1983). Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal. *Revista Española de Derecho Constitucional* 8(3).

Correa, G. (1959). El concepto de fama en el teatro de Cervantes. *Hispanic Review. Joseph E. Guillet Memorial Volume Part. III,* 27(3).

Rodríguez, J. (s.f.). Delitos contra el honor y Libertad de información. *Estudios Privados* V(5).

7.2.2. EN LÍNEA

- Aguirre, E. y Osio, A. (2013). Calumnias e Injurias. *Revista pensamiento penal*.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37678-art-109-117-bis-calumnias-e-injurias>
- Alcántara, O. A. (2019). Crónica de una “condena” anunciada y de una reparación civil insignificante: a propósito del R. N. N.º 1358-2018-Lima (difamación agravada). *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 118, 177-187.
https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/8576/Alcantara_Francia_Olga.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Araya, A. (2017). Los delitos contra el honor y la protección constitucional a la libertad de expresión e información. *Revista pensamiento penal*.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45892-delitos-contra-honor-y-proteccion-constitucional-libertad-expresion-e-informacion>
- Fuentes, J. L. (2009). Elementos subjetivos en los delitos contra el honor. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIX, 271-310.
<https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4148/06.Fuentes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Meini, I. F. (2000). La disyuntiva entre honor y expresión. Aspectos penales. *IUS ET VERITAS*, 10(21), 180-195. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15968>
- Meini, I. F. (2002). Crítica a la exigencia jurisprudencial del animus difamandi. *Diálogos con la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, 1.
<https://lawiuris.wordpress.com/2008/10/20/el-animus-difamandi/>
- Molina, G. (2010). La reforma a los delitos contra el honor. *Revista de la Facultad de Derecho u Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste*, 4(7), 521-535. <https://revistas.unne.edu.ar/index.php/rfd/article/view/5040>
- Viollier, P. (2021). La exceptio veritatis y animus iniuriandi en el delito de injuria. *Revista de Ciencias Penales, Sexta Época*, XLVII, 307-316.
http://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2021/11/Revista-CP-2021_Segundo-semestre_22_11_2021-FINAL-313-321.pdf

Zaffaroni, E. R. (1982). Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito. *Nuevo Foro Penal*, 12(16), 979–994.
<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4521/3800>

7.3. TESIS Y TRABAJOS DE GRADO

Chero, C. (2017). *La legalidad del derecho a la libertad de expresión frente a la tipicidad del delito de difamación*. (Tesis de pregrado). Universidad de Huánuco, Huánuco, Perú.

De Pablo, A. (2014). *Los Delitos contra el Honor en el Derecho Penal Español y en el Derecho Comparado* (Tesis para optar por el grado de doctor). Universidad de Valladolid, Valladolid, España.

Huapaya, E. y Saucedo, D. (2018). *Criterios de los Juzgados Unipersonales y su aplicación del delito de Difamación en el Distrito Judicial del Santa, 2017* (Tesis de pregrado). Universidad César Vallejo, Chimbote, Perú.

Mendoza, C. (2017). *Criterio jurisdiccional de los juzgados penales unipersonales en la tipificación de los delitos contra el honor, Arequipa – 2010 al 2015* (Tesis para optar por el grado de maestro). Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú.

Quintanilla, R. (2014). Publicaciones de los medios de prensa escritos regionales y de los delitos contra el honor de las personas en la región de Puno, año 2010. (Tesis para optar por el grado de maestro). Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, Puno, Perú.

Téllez, J. (2014). La predictibilidad de las resoluciones judiciales en la jurisdicción contencioso-administrativa en el Perú. (Trabajo de investigación para optar por el grado de maestro). Universidad de Jaén, Jaén, España.

7.4. REFERENCIAS LEGALES

7.4.1. CONSTITUCIONES

Asamblea Constituyente. (1979). *Constitución Política del Perú de 1979*.

Asamblea Nacional. (1920). *Constitución para la República del Perú de 1920*.

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú de 1993*.

Congreso de la República. (1860). *Constitución Política del Perú de 1860*.

7.4.2. LEYES

Ley N.º 25362. (1991, 13 de diciembre). Congreso de la República. Diario oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H752778>

7.4.3. CÓDIGOS

Código Civil Peruano, Decreto Legislativo N.º 295, 27 de julio de 1984.

Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, 3 de abril de 1991.

7.4.4. TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre, 1969,
https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 30 de abril. 1948,
<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre, 1948,
<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre, 1966,
<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

7.4.5. JURISPRUDENCIA NACIONAL

a. Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.

Recurso de Nulidad N.º 3301-2008, Lima. (2010, 18 de marzo). Corte Suprema de la República de Perú, Sala Penal Permanente (Santa María Morillo, ponente).

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/01/Recurso-de-Nulidad-3301-2008-Lima-LPDerecho.pdf>

Recurso de Nulidad N.^o 449-2009, Lima. (2009, 9 de julio). Corte Suprema de la República de Perú, Primera Sala Penal Transitoria (Barrios Alvarado, ponente).
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/49085c0040753c099069d099ab657107/RN+449-2009.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=49085c0040753c099069d099ab657107>

Recurso de Nulidad N.^o 3680-2010, Lima. (2011, 25 de abril). Corte Suprema de la República de Perú, Sala Penal Permanente (Villa Stein, ponente).
https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/R.N.-3680-2010-Lima-Legis.pe_.pdf

Recurso de Nulidad N.^o 1102-2019, Lima. (2020, 20 de enero). Corte Suprema de la República de Perú, Sala Penal Permanente (San Martín Castro, ponente).
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/R.N.-1102-2019-Lima-LP.pdf>

Recurso de Nulidad N.^o 2273-2019, Lima. (2020, 2 de noviembre). Corte Suprema de la República de Perú, Sala Penal Permanente (Sequeiros Vargas, ponente).
https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/RecursodenulidadN°2273-2019_LALEY.pdf

Recurso de Nulidad N.^o 1880-2019, Lima. (2021, 15 de marzo). Corte Suprema de la República de Perú, Sala Penal Transitoria (Lecaros Cornejo, ponente).
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/07/Recurso-nulidad-1880-2019-Lima-LP.pdf>

b. Tribunal Constitucional de Perú.

Sentencia del Exp. N.^o 0446-2002-AA/TC. (2003, 19 de diciembre). Tribunal Constitucional de Perú (Javier Alva Orlandini, presidente).
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00446-2002-AA.pdf>

Sentencia del Exp. N.^o 3362-2004-PA/TC. (2006, 29 de agosto). Tribunal Constitucional de Perú (Víctor García Toma, presidente).
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03362-2004-AA.pdf>

Sentencia del Exp. N.^o 4099-2005-AA/TC. (2005, 29 de agosto). Tribunal Constitucional de Perú (Javier Alva Orlandini, presidente).
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04099-2005-AA.html>

Sentencia del Exp. N.^o 0905-2001-AA/TC. (2002, 14 de agosto). Tribunal Constitucional de Perú (Guillermo Rey Terry, presidente).
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00905-2001-AA.html>

Sentencia del Exp. N.^o 6712-2005-HC/TC. (2005, 17 de octubre). Tribunal Constitucional de Perú (Javier Alva Orlandini, presidente).
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00905-2001-AA.html>

Sentencia del Exp. N.^o 03950-2012-PA/TC. (2014, 28 de marzo). Tribunal Constitucional de Perú (Óscar Urviola Hani, presidente).
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03950-2012-AA.pdf>

7.4.6. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Sentencia 76/2002. (2002, 25 de abril). Tribunal Constitucional de España (Guillermo Jiménez Sánchez, M.P.). <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4612>

7.5. REFERENCIAS DE MATERIAL ELECTRÓNICO Y AUDIOVISUAL

7.5.1. PÁGINAS EN LA WORLD WIDE WEB

Poder Judicial [PJ]. (2021). *Plan Estratégico Institucional Poder Judicial 2021-2030*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9768f78048fcb5a1a112f59026c349a4/Plan+Estratgico+Institucional+del+Poder+Judicial+20212030_compressed.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9768f78048fcb5a1a112f59026c349a4

Real Academia Española [RAE]. (2023). *Ánimo*. Diccionario panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/áñimo>

Valderrama, D. (2021a, 25 de marzo). Teoría del delito: causalismo, finalismo y funcionalismo. Bien explicado. LP – Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/teoria-delito-causalismo-finalismo-funcionalismo/>

Valderrama, D. (2021b, 26 de mayo). ¿Cuáles son los elementos del tipo penal? Bien explicado. LP – Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/elementos-tipo-penal/>

Valderrama, D. (2022, 22 de diciembre). *Los «animus» en el derecho penal. Bien explicado.* LP – Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/animus-derecho-penal/>

7.5.2. VÍDEOS

Aguila, G. (2017, 21 de marzo). *La jurisprudencia como fuente del derecho – Tribuna Constitucional 14.* [Vídeo]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=1p1EahzZ634>

LP – Pasión por el Derecho. (2023, 16 de junio). *Historia de las sumillas en el Código Penal* [Vídeo]. Facebook. <https://www.facebook.com/reel/790429699328667?s=yWDuG2&fs=e&mibextid=Nif5oz>

Vásquez, C. S. (2022). *Tipicidad* [Diplomado web]. LP – Pasión por el Derecho. <https://www.youtube.com/watch?v=31W9lJu6VzI>

VIII. ANEXOS

Anexo I. Matriz de consistencia analítica

Título de investigación:

«Aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual versus la teoría de los animus en el delito de difamación agravada, para la debida tutela del honor».

Responsables: (Bachilleres) Fernández Zavaleta Elías Emanuel y Ramirez Olivera Christian Aarón

ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	HPOTESIS	VARIABLES	METODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	POBLACIÓN Y MUESTRA
<i>¿De qué manera la aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual permite la tutela debida del bien jurídico honor en el delito de difamación agravada, sin recurrir a la teoría de los animus?</i>	<ul style="list-style-type: none"> General: <p>Explicar de qué manera la aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual permite la tutela debida del bien jurídico honor en el delito de difamación agravada, sin recurrir a la teoría de los animus.</p>	<ul style="list-style-type: none"> Positiva: <p>Dado que, la aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual en el delito de difamación agravada, sin recurrir a la teoría de los animus que lo define como tipo penal de tendencia interna intensificada, simplifica la actividad probatoria dirigida a acreditar la comisión o no del delito</p>	<ul style="list-style-type: none"> Variable Independiente: <p><i>“Aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual, en el delito de difamación agravada”.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> Variable Dependiente: 	<ul style="list-style-type: none"> Tipo de Investigación: Básica Nivel de Investigación: Descriptiva Diseño de Investigación: <ul style="list-style-type: none"> (i) Descriptivo – Propositivo (ii) Transaccional Descriptivo (iii) Investigación Acción (iv) Teoría Fundamentada (v) Estudio de Caso Cualitativo 	<ul style="list-style-type: none"> Población: Querellas sobre Difamación Agravada, cuyos pronunciamientos trascendentales se dan en recursos de nulidad a nivel nacional, emitidos en los últimos 20 años por la Corte Suprema de Justicia del Perú.

	<p>recurrir a la teoría de los <i>animus</i>.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Específicos: <ol style="list-style-type: none"> 1. Demostrar, a partir la dogmática penal, que la aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual, en el delito de difamación agravada, busca brindar un mayor margen de protección al bien jurídico honor. 2. Analizar los fundamentos de la aplicación de la teoría de los <i>animus</i> en el delito de difamación agravada, a la luz del derecho comparado. 3. Justificar la factibilidad de 	<p>y ayuda a reducir la brecha de impunidad generada por la dificultad de probar la especial intención del sujeto agente de lesionar el honor, es probable que, ello permita la tutela debida del bien jurídico honor.</p>	<p><i>"Tutela debida del bien jurídico honor, sin necesidad de recurrir a la teoría de los animus".</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Métodos de investigación General: <ul style="list-style-type: none"> (i) Método Descriptivo (ii) Método Inductivo • Método de Investigación Jurídica <ul style="list-style-type: none"> (i) Método Dogmático Jurídico (ii) Método Sociológico Jurídico • Métodos de Interpretación Jurídica <ul style="list-style-type: none"> (i) Método Exegético (ii) Método Sistemático (iii) Método Histórico (iv) Método Teleológico • Técnicas de Recolección de Datos: <ul style="list-style-type: none"> (i) Fichaje Bibliográfico (ii) Análisis Documental de Doctrina y Jurisprudencia (iii) Estudio de Casos 	<ul style="list-style-type: none"> • Muestra: <ul style="list-style-type: none"> (i) Caso N° 01: R.N N° 3301-2008/LIMA (ii) Caso N° 02: R.N N° 3680-2010/LIMA (iii) Caso N° 03: R.N N° 1880-2019/LIMA (iv) Caso N° 04: R.N N° 2273-2019/LIMA (v) Caso N° 05: R.N N° 1102-2019/LIMA
--	---	--	---	--	--

	<p>la aplicación del dolo eventual desde un enfoque funcionalista frente a la obsolescencia de la teoría de los <i>animus</i>, en el delito de difamación agravada, a partir de la casuística nacional.</p>		<ul style="list-style-type: none"> • Instrumentos de Recolección de Datos: <ul style="list-style-type: none"> (i) Guía de fichas (ii) Guía de Análisis Documental (iii) Guía de Análisis de Casos • Procedimiento para la Recolección de Datos: Trabajo de Oficina • Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos <ul style="list-style-type: none"> (i) Técnica de Procesamiento de Corte y Clasificación (ii) Análisis Documental de Datos 	<p>(vi) Caso N° 06: R.N N° 0449-2009/LIMA</p>
--	---	--	--	---

Anexo II. Cuadro de los recursos de nulidad emitidos por la Corte Suprema del Perú en los últimos 20 años.

CASOS	FECHA	INSTANCIA	PARTES	DECISIÓN
CASO N° 1 R. N. N.º 3301- 2008/LIMA	Lima, dieciocho de marzo de dos mil diez.	Segunda instancia.	Querellante: LIDERCON PERÚ Sociedad Anónima Cerrada.	Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista
			Querellada: Nilo Adriel Vizcarra Ruiz.	
CASO N° 2 R. N. N.º 3680- 2010/LIMA	Lima, veinticinco de abril de dos mil once.	Segunda instancia.	Querellante: Elizabeth Amanda Palomino Córvida.	Declararon: NULA en la sentencia de vista.
			Querellada: Luis Vicente Díaz Vera y Vicente Aarón Díaz Olivos.	
CASO N° 3 R. N. N.º 1880- 2019/LIMA	Lima, quince de marzo de dos mil veintiuno.	Segunda instancia.	Querellante: Álvaro Enrique Ignacio Castro Osores	Declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista.
			Querellada: Iván Marco Slocovich Pardo	
CASO N° 4 R. N. N.º 2273- 2019/LIMA	Lima, dos de noviembre de dos mil veinte	Segunda instancia.	Querellante: Miuren del Rosario Agüero Mori	Declararon: NULA la resolución emitida el trece de mayo de dos mil diecinueve por Tercera Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.
			Querellada: Miriam Beatriz Cabrera Donayre.	
CASO N° 5 R. N. N.º 1102- 2019/LIMA	Lima, veinte de enero de dos mil veinte	Segunda instancia.	Querellante: César Emilio Rodríguez Larraín Salinas.	Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista.
			Querellada: Cristian Andrés Said Montiel.	
CASO N° 6 R. N. N.º 449- 2009/LIMA	Lima, nueve de julio del dos mil nueve	Segunda instancia.	Querellante: José Paolo Guerrero Gonzáles.	Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista.
			Querellada: Magaly Jesús Medina Vela.	

Anexo III. Matriz de Operacionalización de Variables

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES						
	VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	INSTRUMENTOS
VARIABLE INDEPENDIENTE	Aplicación jurídico funcionalista del dolo eventual en el delito de difamación agravada	<p>El dolo eventual es aquel que se produce cuando el sujeto se representa el hecho como posible, lejano, pero que podría llegar a ocurrir; no obstante, actúa aceptando dicha posibilidad. Cuando el sujeto no quiere producir un resultado, pero considera que este es de probable producción. El sujeto no quiere el resultado, pero cuenta con él, asume el riesgo (acepta el resultado). (Almanza, 2022, p. 329)</p>	<p>El dolo eventual es un subtipo del dolo, propio del elemento subjetivo del tipo, aplicable en los delitos contra el honor, específicamente, en el delito de difamación agravada. A través de los enfoques dogmático penales como el funcionalismo, causalismo y finalismo.</p>	<p>Análisis jurídico funcionalista del dolo eventual</p> <p>Delito difamación agravada de</p>	<p>Jurisprudencia de la Corte Suprema Doctrina penal nacional Doctrina penal internacional Legislación penal nacional Legislación penal internacional Lesión al bien jurídico honor Criterios de resolución judicial Notas de prensa Código de ética del periodista Libertad de expresión</p>	<p>(i) Guía de fichas, contiene fichas bibliográficas, textuales, de paráfrasis y de resumen.</p> <p>(ii) Guía de Análisis Documental de los diversos documentos identificados y disponibles relacionados al tema de investigación.</p> <p>(iii) Guía de Análisis de Casos consistentes en querellas sobre</p>

					Difamación Agravada, cuyos pronunciamientos trascendentes se dan en recursos de nulidad a nivel nacional, emitidos, en los últimos 20 años, por la Corte Suprema de Justicia del Perú.
VARIABLE DEPENDIENTE	Tutela debida del bien jurídico honor , sin recurrir a la teoría de los animus	Cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos. Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea. (Ossorio y Cabanellas, 2011, p. 642)	La concepción penal del honor define al bien jurídico desde su protección en la regulación típica del delito de difamación agravada. Cuyo fundamento doctrinario y jurisprudencial sustenta su lesión a través de la teoría de los animus.	Libertad de información Derecho al honor Aplicación de la teoría de los animus	Constitución Política Tratados Internacionales Jurisprudencia de la Corte IDH Doctrina nacional Doctrina internacional Jurisprudencia de la Corte Suprema Doctrina penal nacional Doctrina penal internacional

Anexo IV. Guía de fichaje

GUÍA DE FICHAS

TIPO DE FICHA.	FECHA DE CONSULTA
EPÍGRAFE (TEMA O TÍTULO DEL CONTENIDO).	
AUTOR, REFERENCIA DE LA OBRA, PÁGINA DONDE SE EXTRajo LA INFORMACÓN.	NÚMERO DE FICHA

Anexo V. Guía de análisis de estudio de casos

DATOS GENERALES DEL CASO	
Expediente	
Demandante	
Demandado	
Órgano resolutivo de primera instancia	
Órgano resolutivo de segunda instancia	

Materia	
ANÁLISIS DEL CASO	
Breve descripción de los hechos	
Resolución de primera instancia	
Resolución de segunda instancia	
Efecto del recurso de apelación	
CONCLUSIÓN DE LOS INVESTIGADORES	

Anexo VI. Guía de análisis documental

Título de la investigación:			
FECHA DE APLICACIÓN:			
Título del texto:			
Categoría	Clasificación		
1. Procedencia	Artículo en revista científica		Original
			De Revisión
			Resultado de Investigación

			Reporte de Caso
			Carta al Editor
			Editorial
			Revista indexada
			Revista no indexada
	Libro		Completo
			Capítulo de Libro
	Otros		Monografía
			Ponencia en congreso, simposio o seminario
			Memorias de congreso, simposio o seminario
			Documento electrónico
			Revista en la Internet
			Material audiovisual
			Documento Legal
			Material no publicado
		Otro:	
	Tesis – Trabajo de Grado		Pregrado
			Maestría
			Doctorado
	Lugar de procedencia	Ciudad	
	Editorial	nombre	
2. Fuentes y Fecha	Número de fuentes referidas		
	Año de publicación		
3. Datos del(os) autor(es)	Autor 1		
	Autor 2		
	Autor 3		
	Autor 4		
Título o etapa	Resumen – interpretación – extracción de información		

Anexo VII. Declaración Jurada de Autoría



DECLARACION JURADA DE AUTORÍA

Nosotros, **Elías Emanuel Fernández Zavaleta y Christian Aarón Ramirez Olivera** estudiantes de la:

Facultad:	Ciencias		Educación	X	Ingeniería	
Escuela Profesional:	Derecho y Ciencias Políticas					
Departamento Académico:	Humanidades y Ciencias Sociales					
Escuela de Posgrado		Maestría		Doctorado		

Programa:

De la Universidad Nacional del Santa; Declaro que el trabajo de investigación intitulado:

«APLICACIÓN JURÍDICO FUNCIONALISTA DEL DOLO EVENTUAL VERSUS LA TEORÍA DE LOS ANIMUS EN EL DELITO DE DIFAMACIÓN AGRAVADA, PARA LA DEBIDA TUTELA DEL HONOR»

presentado en 370 folios, para la obtención del Grado académico: ()

Título profesional: (X) Investigación anual: ()

- Hemos citado todas las fuentes empleadas, no he utilizado otra fuente distinta a las declaradas en el presente trabajo.
- Este trabajo de investigación no ha sido presentado con anterioridad ni completa ni parcialmente para la obtención de grado académico o título profesional.
- Comprendemos que el trabajo de investigación será público y por lo tanto sujeto a ser revisado electrónicamente para la detección de plagio por el VRIN.
- De encontrarse uso de material intelectual sin el reconocimiento de su fuente o autor, nos sometemos a las sanciones que determinan el proceso disciplinario.

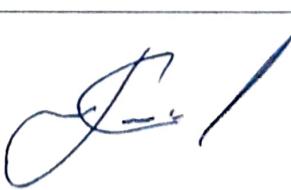
Nuevo Chimbote, 18 de noviembre de 2023

Firma:

Nombres y Apellidos: **Elías Emanuel Fernández Zavaleta / Christian Aarón Ramirez Olivera**

DNI: **70605496 / 72663244**

Anexo VIII. Acta de aprobación de originalidad

		ACTA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD				
Yo, Diego Saúl Graus Veloz, asesor y docente de la:						
Facultad:	Ciencias		Educación	X	Ingeniería	
Escuela Profesional:	Derecho y Ciencias Políticas					
Departamento Académico:	Humanidades y Ciencias Sociales					
Escuela de Posgrado	Maestría		Doctorado			
Programa:						
De la Universidad Nacional del Santa; Declaro que el trabajo de investigación intitulado:						
«APLICACIÓN JURÍDICO FUNCIONALISTA DEL DOLO EVENTUAL VERSUS LA TEORÍA DE LOS ANIMUS EN EL DELITO DE DIFAMACIÓN AGRAVADA, PARA LA DEBIDA TUTELA DEL HONOR»						
presentado en 370 folios, para la obtención del Grado académico: ()						
Título profesional:	(X)	Investigación anual:	()			
<p>➤ Constato que la investigación presentada tiene un porcentaje de similitud del 7%, el cual se verifica con el reporte de originalidad de la aplicación <i>TURNITIN</i> adjunto.</p> <p>➤ Quien suscribe la presente, declara haber analizado dicho reporte y concluyo que las coincidencias detectadas no se conforman como plagio. A mi claro saber y entender, la investigación cumple con las normas de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional del Santa.</p>						
Nuevo Chimbote 18 de noviembre de 2023						
Firma:						
Nombres y Apellidos: Diego Saúl Graus Veloz						
DNI: 46864610						