



Difamación agravada

Difundir a través del WhatsApp conversaciones privadas de una tercera persona sin su consentimiento y sin que medie interés público, con el solo propósito de poner en evidencia comportamientos de esta, que de ser conocidos mellarían su reputación, se adecúa al supuesto de hecho exigido en el tipo penal de difamación.

Lima, dos de noviembre de dos mil veinte

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por **Miuren del Rosario Agüero Mori** contra la resolución emitida el trece de mayo de dos mil diecinueve por la Tercera Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la resolución emitida el dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho que resolvió no ha lugar a admitir a trámite la querella interpuesta por Agüero Mori contra Miriam Beatriz Cabrera Donayre por la presunta comisión del delito contra el honor-difamación agravada, previsto en el primer y tercer párrafo del artículo 132 del Código Penal, y dispuso el archivo definitivo del proceso.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

CONSIDERANDO

Primero. Fundamentos de la impugnación

La defensa de Miuren del Rosario Agüero Mori solicita que se deje sin efecto la impugnada y reformándola se ordene a trámite la querella interpuesta, ya que vulneró la debida motivación, el debido proceso y el derecho de defensa. Sus fundamentos son los siguientes:

- 1.1.** Afirma que los argumentos son subjetivos, insuficientes e inadecuados, ya que se ampara en deficiencias formales -a)

sostiene que la constatación notarial no es suficiente para acreditar la comisión del ilícito denunciado por encontrarse en copia simple y **b)** señala que al haberse extendido dicha constatación por encargo del esposo de la querellante y no por ella directamente se observa una falta de legitimidad para obrar— para no analizar los hechos. Al descalificar liminarmente la demanda no calificó el fondo de esta.

- 1.2.** No existe falta de legitimidad para obrar porque quien dirige la demanda es la agraviada; la constatación pudo haber sido solicitada por cualquiera de los abogados de esta.
- 1.3.** Invalida los documentos presentados sin otorgar a las partes oportunidad para defenderse, sin analizar el contexto de los hechos incoados ni la participación de las partes en estos.
- 1.4.** Vulneró el debido proceso porque impidió a las partes exponer sus diferentes versiones y descargos sobre la procedencia del procesamiento de los hechos, con lo que transgredió lo establecido en el artículo 77 de Código de Procedimientos Penales y el Decreto Legislativo número 124, artículo 3, en el que se estableció a la audiencia de presentación de cargos como una diligencia ineludible e improrrogable, la cual en este caso no fue programada.
- 1.5.** Vulneró el derecho de defensa al ratificar el contenido de un auto emitido sin que se permita a la defensa exponer y resaltar oralmente las razones por las que se promueve la demanda.
- 1.6.** La difamación es una injuria agravada por la difusión; para la relevancia penal de la conducta difamatoria es irrelevante que los hechos sean verdaderos o falsos; en ambos casos se configura el ilícito penal.
- 1.7.** La querellada, para emitir las frases difamatorias, no cumplió con ningún deber de información previa o de comprobación de las conductas irregulares atribuidas. Lo que es materia de litis

es la difusión que anunció expresamente, con lo que creó un riesgo típico jurídicamente desaprobado en contra del bien jurídico honor de la querellante; se trata de un comportamiento antijurídico porque no está amparado por ninguna causa de justificación (ni por la libertad de opinión e información), ya que excede los límites de veracidad exigidos para ello; son afirmaciones incuestionablemente falsas.

- 1.8. Se trata de un caso de difamación agravada porque se cometió por un medio de difusión masiva.
- 1.9. 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. En el supuesto negado de que se aceptase la exigencia del *animus difamandi* como elemento del tipo penal de difamación, este también se configuraría en la conducta de la querellada, pues le atribuyó una serie de conductas irregulares a sabiendas de la falsedad e inexactitud de las imputaciones.
- 1.10. Desconoció el Acuerdo Plenario número 3-2006/CJ-116 al no mencionar el test de ponderación que debe ponerse en práctica a fin de establecer la correcta proporcionalidad entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y opinión versus el derecho al honor, la privacidad o la intimidad.

Segundo. Contenido de la denuncia por querrela

- 2.1. La querellante precisa que el catorce de diciembre de dos mil diecisiete, por solicitud telefónica de Pavel Antezana Bendezú, se acercó al parque ubicado a espaldas del Centro Médico San Francisco y, al llegar, se encontró con la sorpresa de que

estaba allí con su esposa, Miriam Beatriz Cabrera Donayre –la querellada–, y se generó un tenso diálogo entre ambas.

- 2.2.** La querellada le manifestó que tenía en su poder un audio de conversación telefónica privada que sostuvo con su esposo, Pavel Antezana Bendezú, y utilizó dicho audio para exigirle que renunciase o cambiase de posición laboral, amenazándola con ponerlo en conocimiento de los familiares directos de la querellante (hijos, padres y esposo) si no lo hacía.
- 2.3.** Ante tal situación, la querellante redactó una carta notarial exigiéndole que se abstuviera de difundir, utilizar o entregar dicha conversación. Pero el tres de enero de dos mil dieciocho la querellada difundió la conversación a través del grupo de WhatsApp “CMM San Francisco”, de los trabajadores del Centro Médico Militar San Francisco, donde laboraba la querellante como licenciada en enfermería, con lo que afectó su vida profesional, su estabilidad laboral, su honor y su dignidad.
- 2.4.** La querellante perennizó el contenido de la conversación a través de un acta de verificación otorgada el cinco de septiembre de dos mil diecisiete ante notario público.

Tercero. Fundamentos de la resolución impugnada

- 3.1.** El artículo 77 del Código de Procedimientos Penales (modificado por la Ley número 28117) establece los presupuestos para la apertura de un proceso penal: indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito. Esto es, la legitimidad del auto de instrucción se sustenta en dos exigencias: **i)** una de carácter formal –que de los fundamentos de hecho de la denuncia se atribuya una conducta que contenga todos y cada uno de los elementos configurativos del tipo penal imputado– y **ii)**

una de carácter sustancial –que en autos aparezcan indicios razonables de la comisión de dicha conducta–.

3.2. La querellante denunció los hechos como constitutivos del delito contra el honor-difamación agravada, previsto en el primer y tercer párrafo del artículo 132 del Código Penal, pero no concurren los presupuestos que establece la norma procesal para la apertura del proceso penal, en razón de que: **i)** conforme al tenor de la denuncia, la querellada fue la persona que grabó las llamadas del teléfono de su esposo y después una amiga las difundió en el grupo de trabajo de la denunciante; en tal sentido, del propio texto del escrito de la querellante queda descartada la intervención de la querellada; **ii)** la querellante presenta como prueba el acta de verificación de los hechos del quince de agosto de dos mil dieciocho emitida por el notario Carlos Herrera Carrera –que deja constancia del contenido de unas comunicaciones de audios y videos enviados el diecisiete de diciembre de dos mil diecisiete desde el número telefónico 954746416, que en la agenda de contactos se encuentra registrado con el nombre de “Miriam Cabrera”–, pero no presenta estos como prueba de cargo que sustenten su querrela, siendo dichos instrumentos trascendentales para el esclarecimiento de los hechos; **iii)** se observa que dicha acta fue expedida a solicitud de Alberto Wagner Manuel Regis, persona que no tiene legitimidad para obrar en la presente denuncia; tampoco se adjunta prueba alguna que acredite que la titular de aquel número telefónico sea la querellada, y **iv)** la carta notarial que presenta la querellante no puede ser valorada por tratarse de una copia simple.

3.3. Respecto a que no se ha convocado a una audiencia de presentación de cargos, el presente proceso es de carácter

especial de acción privada y no tiene por qué llevarse a cabo la audiencia de presentación de cargos que establece el Decreto Legislativo número 1206 vigente a la fecha.

Cuarto. Fundamentos del Tribunal Supremo

- 4.1.** El artículo 132 del Código Penal señala que el comportamiento típico en el delito de difamación consiste en atribuir una conducta delante de varias personas que pueda perjudicar el honor y la buena reputación.
- 4.2.** La doctrina y la jurisprudencia reconocen que, si el interés público está de por medio, colisiona con el derecho a la información y la libertad de expresión –que constituye causal de justificación si se encontrase en el supuesto previsto en el artículo 20.8 del Código Penal–, en cuyo caso es importante la verosimilitud del hecho o conducta atribuida para luego hacer un juicio de ponderación entre los derechos fundamentales mencionados y establecer si hubo exceso en el ejercicio de un derecho o no.
- 4.3.** La querellante reconoce que se trata de conversaciones que sostuvo con el esposo de la querellada. La lectura de estas, transcritas tanto en la demanda como en el acta de verificación que adjunta como elemento de prueba, evidencia que se trata de conversaciones con contenido de índole sexual en las que ambos interlocutores no solo se aluden el uno al otro, sino que efectúan comentarios de tal naturaleza respecto a sus compañeros de trabajo.
- 4.4.** Es obvio que en el presente caso se trata de conversaciones privadas sin ningún interés público, por lo que su difusión no podría ampararse en tal causal de justificación. Su difusión estaría reñida con el derecho a la intimidad de la querellante.

En tal sentido, es irrelevante la veracidad o falsedad del hecho o conducta que se le atribuye.

- 4.5.** Pero esto no basta para configurar el delito denunciado, ya que el derecho a la intimidad no es el principal bien jurídico protegido, sino el derecho al honor y la reputación.
- 4.6.** Cabe evaluar si exponer un audio en el que no interviene la querellada es lo mismo que atribuir una conducta. La respuesta dependerá de cada caso en concreto.
- 4.7.** En el presente caso, la querellada no interviene en la conversación de los audios, por lo que mal puede decirse que exprese frases falsas, equívocas y tendenciosas en contra de la querellante; empero, al exponer estos a través del WhatsApp, pretende que los que los escuchen saquen conclusiones respecto a la existencia de alguna relación entre la querellante y el esposo de la querellada y que, además, se enteren de lo que ambos comentaban respecto a sus compañeros de trabajo, lo que podría repercutir en la reputación de la querellante y en su relación con sus compañeros de labores; ello, *prima facie*, según la descripción de la denuncia, se adecúa al tipo penal, por lo que es necesario un mesurado debate y evaluación según las pruebas que se actúen.
- 4.8.** En cuanto al cumplimiento de los requisitos formales para la admisión de una querrela, la tramitación de la querrela se rige por el artículo 302 y siguientes del Código de Procedimientos Penales, y para su calificación el juzgador debe atender a lo dispuesto por el artículo 77-A del Código de Procedimientos Penales, que establece la causales de no ha lugar a la apertura de instrucción –**a)** el hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado; **b)** el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; **c)** la acción

penal se ha extinguido, y **d)** no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay indicios mínimos que vinculen al imputado con el hecho delictivo–; de lo contrario, de no incurrirse en alguna de estas causales, se debe admitir a trámite la denuncia.

- 4.9.** No es correcto aplicar para la calificación del escrito de querrela el texto del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales modificado por la Ley número 28117, pues este ya no se encuentra vigente desde noviembre de dos mil quince, en que fue modificado por el artículo 3 del Decreto Legislativo número 1206.
- 4.10.** La presentación de la querrela debe cumplir con ciertos requisitos formales para su viabilidad procesal; uno de estos es la prueba que sustenta la denuncia. El artículo 77-A, en su inciso d), señala que se expedirá el auto de no ha lugar si no hay indicios mínimos que vinculen al imputado con el hecho delictivo; de ahí se deriva la exigencia de que en el escrito de la querrela se ofrezcan las pruebas que vinculen al querrellado con los hechos imputados. Inclusive en el Nuevo Código Procesal Penal se exige en el artículo 108, como un requisito de la admisibilidad del escrito de querrela, el ofrecimiento de las pruebas que sustentan la denuncia.
- 4.11.** El Colegiado Superior descartó inoportunamente, como medio de prueba ofrecido, la carta notarial de foja 33 remitida por la querellante porque se trata de una copia simple, lo cual se encuentra arreglado a ley, ya que una copia simple por sí sola no ofrece la garantía de veracidad necesaria; sin embargo, esa condición se evaluará en un juicio debido.
- 4.12.** No ocurre lo mismo respecto al acta de verificación de hechos del quince de agosto de dos mil dieciocho emitida por la

notaría Carlos Herrera Carrera, que contrariamente a lo consignado en la resolución impugnada sí se mencionó en el escrito de querrela y se ofreció como medio probatorio en el tercer otrosí del escrito. Si bien es necesaria la legitimidad para obrar al formalizar la querrela, no se aplica esta exigencia en la tramitación de la prueba; debe tener legitimidad para obrar quien actúa la prueba, no quien la tramita. Por lo tanto, el hecho de que haya sido el esposo de la querellante quien solicitó al notario que verifique el contenido de los audios no deslegitima la prueba, más aún si de la lectura del acta se desprende que fue la propia querellante la que solicitó al notario tal verificación –foja 20–, por lo que no se encuentra arreglado a ley su rechazo como medio de prueba.

- 4.13.** La suficiencia de las pruebas para acreditar o no el hecho denunciado se debe efectuar en la etapa procesal correspondiente; no es pertinente rechazar la denuncia bajo el argumento de que no existe prueba alguna que acredite que sea la querellada la titular del número telefónico desde el cual se difundieron las conversaciones.
- 4.14.** En cuanto a la realización de una audiencia de presentación de cargos, el numeral 1 del artículo 77 modificado por el Decreto Legislativo número 1206 prescribe que, emitida la formalización de la denuncia penal, el Ministerio Público debe notificar dicha resolución a las partes y solicitar por escrito al juez penal que fije fecha y hora para la audiencia de presentación de cargos.
- 4.15.** Es preciso señalar que la acción privada sigue las reglas de la acción pública en lo que le es pertinente. Quien hace la denuncia tiene similares potestades que el Ministerio Público, pues tiene la condición de acusador privado y como tal

defiende sus intereses, y sus pretensiones son tanto de orden penal como civil. Por lo tanto, formalizada la denuncia debe realizarse una audiencia de presentación de cargos.

- 4.16.** Adicionalmente, el proceso penal privado también se adecúa al criterio de oralidad, y es un requisito exigible que en dicha audiencia se expliquen oralmente ante el juez las razones iniciales de las partes para continuar o no con el proceso privado.
- 4.17.** Por otro lado, el juez penal asume similar función de control de legalidad y garantías tanto en el proceso penal público como en el privado, condiciones que forman parte de la necesidad de convocar a una audiencia de presentación de cargos donde se determinará la necesidad de iniciar el proceso o no y, adicionalmente, garantizar desde el inicio los derechos de las partes. Por ende, es necesario adecuar el trámite de las querellas al artículo 77 modificado, ya que la citada norma no excluye textualmente los procesos privados de dicho trámite.
- 4.18.** Las irregularidades advertidas constituyen vicios procesales que, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, acarrearán la nulidad del proceso hasta la etapa procesal de calificación de la denuncia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. 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, que confirmó la resolución emitida el dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho que resolvió no ha lugar a admitir a trámite la querrela interpuesta por **Miuren del Rosario Agüero Mori** contra Miriam Beatriz Cabrera Donayre por la presunta comisión del delito contra el honor-difamación agravada y dispuso el archivo definitivo del proceso, e **INSUBSISTENTE** la resolución de primera instancia; en consecuencia, **ORDENARON** que otro juez califique la denuncia atendiendo a lo dispuesto en el artículo 77-A establecido por el Decreto Legislativo número 1206.

II. **MANDARON** que se transcriba la presente ejecutoria suprema al Tribunal de origen. Hágase saber.

Intervino el señor juez supremo Bermejo Ríos por impedimento del señor juez supremo Figueroa Navarro.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

BERMEJO RÍOS

COAGUILA CHÁVEZ

IASV/mirr