

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho

**Comunicación del discurso (información y expresión) y
respeto propio (honor y vida privada)**

**Determinación de sus contenidos
desde la Teoría de los Derechos Fundamentales**

Tesis que presenta para la obtención de su título profesional,
el Bachiller en Derecho

Víctorhugo Montoya Chávez

92.2232.015

Lima, MM

“No murmuréis unos de otros;
el que murmura de su hermano o juzga a su hermano,
murmura de la Ley, juzga la Ley.
Y si juzgas la Ley,
no eres ya cumplidor de ella,
sino juez ...
Pero tú, ¿quién eres para juzgar a tu prójimo?”

Santiago, 4, 11-12



A Dios, el aliento de mi vida;

a mis padres, Fidel y Lucy: él, mi *Jimmy*, ejemplo vivo de amor al prójimo y demostración de que el Derecho sí puede ejercerse honestamente; ella, mi *Cuychi*, lección de decisión en la vida y modelo de verdadera madre, aunque tal vez más que eso, de fiel amiga y consejera;

a mis abuelos, los Kekos, imagen de un amor de cincuenta años.

Introducción

Cuenta Ricardo Palma que allá por el año 1558, un español de nombre Antonio Solar poseía una famosa hacienda en Barranca, kilómetros más al norte de su lugar de residencia, Lima. Cuando dio la primera cosecha, el mayordomo envió diez de los mejores melones producidos con dos indios, no sin antes remitir una epístola a su patrón. Estos nativos, ignorantes de la escritura, no concebían cómo se podía transmitir mensajes a través de una simple hoja; imaginaban la existencia de un poder mágico y místico, creían, en pocas palabras, en su vida (concebían las letras no como signos convencionales sino como auténticos espíritus, que no sólo funcionaban como recaderos sino además como espías). Ya encaminados a su destino, al provocarles en un par de oportunidades tan apetitosas frutas, no tuvieron mejor idea que esconder la carta detrás de una tapia, colocando una piedra encima, pudiendo así comerlas sin ser descubiertos: ¡Vaya ingenuidad de los pobres! Llegando a la capital, con la carga ya aminorada y con el mensaje delatante, los mandaderos fueron rápidamente descubiertos en su truhanería. Mejor dejemos que el propio literato nacional continúe con el relato:

“ - ¡Cómo se entiende, ladronzuelos!... –exclamó bufando de cólera–. El mayordomo me manda diez melones, y aquí faltan dos –y don Antonio volvía a consultar la carta.

- Ocho, no más, taitai –contestaron temblando los mitayos.

- La carta dice que diez, y ustedes se han comido dos por el camino... ¡Ea! Que les den una docena de palos a estos pícaros.

Y los pobres indios, después de bien zurrados, se sentaron mohínos en un rincón del patio, diciendo uno de ellos:

- ¿Lo ves hermano? ¡Carta canta!

Alcanzó a oírlo don Antonio, y les gritó:

- Sí, bribonazos, y cuidado con otra, que ya saben ustedes que carta canta.

Y don Antonio refirió el caso a sus tertulios y la frase se generalizó y pasó el mar^(a).

Como vemos, la comunicación del discurso siempre ha sido motivo de controversia y consternación social. Desde la aparición de la escritura -aunque ya había explorado con creces el lenguaje oral-, el ser humano ha sido capaz de transmitir no sólo experiencias sino también ideas, las mismas que se han plasmado en una cueva, en un papiro, en un vídeo, en un cassette, o -como sucede últimamente- en una página web. La Historia nos dice que la expresión y la información no siempre han acarreado progreso y felicidad, sino que muchas veces, aprovechándose del poder que se puede tener con su utilización -sobre todo en los medios de comunicación social-^(b), ha empujado a los perjudicados a sentirse impotentes e imposibilitados de conservar su integridad como personas: el ejercicio abusivo de estos derechos ha afectado, en la mayoría de veces impunemente, derechos tradicionalmente relacionados con el ser humano -aunque ahora van más allá, e incluyen a las personas jurídicas-, como son los de respeto propio.

^(a) Carta Canta. En: Tradiciones Peruanas (Selección 1). Lima: Mercurio, 1996. pp. 134 y 135.

^(b) Y es que “las palabras de la boca son graciosas; pero al necio sus labios le causan su ruina. El comienzo de su hablar es necesidad, y su final es funesto desvarío” (Eclesiastés, 10, 12-13). Además, un aviso a quienes buscan aprovecharse de estos derechos: “Guarda tu corazón con toda cautela, porque de él brotan manantiales de vida. Lejos de ti toda falsía, toda iniquidad de los labios” (Proverbios, 4, 23-24).

Es más, el avance de la tecnología y de la informática ha hecho que este tema haya trascendido fronteras y, ubicándonos en la 'aldea global', seamos testigos de cómo los periodistas pueden seguir a una princesa hasta provocar su muerte o cómo una cámara puede captar las relaciones sexuales de una vedette filmadas subrepticamente en un hotel. Frente a ello, encontramos que el cometido principal del Derecho es intervenir donde existe una 'disfuncionalidad social', y lo presentado nos demuestra que lo que vivimos en el mundo de hoy puede ser considerado como tal. Ésta es la razón principal de la intervención jurídica en un tema de la importancia de éste.

Sin embargo, los particulares hemos sido espectadores inertes y apáticos de cómo el Derecho se ha enfrentado al problema de forma insuficiente -y por qué no decirlo, errada-, haciéndose la desprotección del honor y la vida privada cada vez más evidente. El fin esencial de nuestra investigación será encontrar el contrapeso de los derechos fundamentales, no solamente en el campo teórico sino primordialmente en el práctico, dentro de un esquema constitucional de 'perfección' en el que se considere que todos los derechos se conectan entre sí y se ubican en una situación de concordancia y correspondencia. De esa forma, aportaremos con algo para la clarificación de esta inquietud jurídica que está latente en la colectividad contemporánea.

Cuando nos propusimos esta empresa intelectual, lo más difícil fue encontrar el marco conceptual que nos ayude a determinar correctamente los contenidos de los cuatro derechos fundamentales que habremos de examinar. Pese a haber trabajado el tema previamente no fue fácil decidirse por el punto de vista que, a

nuestro entender, mejor responda a las expectativas sociales y jurídicas, el cual finalmente fue encontrado en las Teorías de los Derechos Fundamentales. Precisamente, este ámbito doctrinal será el que tratemos a lo largo de la Parte I (que puede ser considerada como extensa si observamos su carácter de cimiento conceptual, pero breve si reparamos en la extensión de esta teoría), incluyendo los dos primeros capítulos.

El primero de ellos estará dedicado íntegramente a analizar los presupuestos esenciales de la Teoría de los Derechos Fundamentales, esto para entender tanto las cualidades de los derechos involucrados como sus significados adecuados dentro del Constitucionalismo Contemporáneo. En él analizaremos el cambio de giro de las teorías a partir de la segunda mitad de este siglo, considerándose ya no estatistas sino constitucionales, el sentido conveniente de los derechos en su doble extensión (como análisis genérico y como estudio contextualizado) y su presentación dentro de las Normas Fundamentales.

El Capítulo Segundo es, en estricto, el sustento teórico de las siguientes partes, ubicándonos en lo que denominamos 'determinación de contenidos'. En ella recogemos la bidimensionalidad de los derechos fundamentales: primero los analizamos de manera individual (elementos y concretización) para luego revisar su ámbito concomitante (ponderación y criterios).

Para pasar de lo genérico a lo específico, comenzaremos circunscribiéndonos en la dimensión particular de los derechos, la cual será tratada en toda la Parte II. En ella, por ende, se analizarán independientemente los cuatro derechos

involucrados, reunidos en dos grupos, según su interrelación y similitud de tratamiento. Pero este estudio está dirigido a proporcionarnos las alternativas de ejercicio de estos derechos, referidas a lo que vendrá después: la interrelación entre ellos. No se busca desarrollar completamente cada uno de ellos, sino más bien, ver las cuestiones preponderantes que nos sirvan para la última parte.

El Capítulo Tercero, referido a los derechos de comunicación del discurso - expresión e información-, aparte de estudiar las cuestiones propias de su configuración como una dualidad de derechos con relevancia democrática, veremos diversos problemas que su ejercicio conlleva, máxime en el caso del periodista^(g) respecto al Estado. Pero no sólo existe este tipo de inconvenientes sino, en las circunstancias actuales, sobre todo con un público (en relación con la actividad de los propios periodistas y de los propietarios de los medios de comunicación social) inadecuadamente informado y que cuenta con reducidas percepciones de la realidad.

El Capítulo Cuarto está dedicado a los derechos de respeto propio -honor y vida privada-, los mismos que se han visto minimizados a través de las últimas décadas por un equívoco y limitado planteamiento como derechos-defensa. Trataremos de encontrarles un renovado alcance a la luz de su vital correspondencia con la actividad positiva de las personas. Además, buscaremos

^(g) No debemos olvidar, como lo dice VERNE (esta vez dejando de lado su ficción para hablar de la realidad), que los comunicadores sociales -léase, periodistas-, sobre todo los relacionados con la investigación, siempre han sido “[v]erdaderos jockeys de carreras de obstáculos -porque no otra cosa es la carrera de la información-“ que saltan setos, atraviesan ríos y pasan por encima de todas las vallas “con el incomparable ardor de los corredores de pura sangre que prefieren morir antes que dejar de llegar a la meta los primeros” [Miguel Strogoff. Santiago: Oveja Negra, 1984. p. 08].

proponer la identificación de los bienes jurídicos protegidos y los supuestos de hecho involucrados, así como una propuesta de los contenidos esenciales de cada derecho.

Tras realizar un estudio individual de estos derechos, en la Parte III encontraremos su dimensión concomitante. En este punto se tratará de consolidar nuestra principal propuesta dogmática: la determinación de contenidos. Para ello, nos ayudaremos de los conceptos ampliamente desarrollados en los dos capítulos anteriores.

A través del Capítulo Quinto analizaremos cómo debe realizarse este proyecto: tras presentar las propuestas precedentes (tratamiento como conflicto y colisión), realizaremos el establecimiento de contenidos accidentales basándonos en el método del equilibrio de bienes (aplicándose los criterios genéricos -adecuación, necesidad y proporcionalidad- y específicos -proyección pública e interés del público- a la curva de situaciones relaciones previamente establecida). Para finalizar, observaremos las consecuencias funcionales que este proceso conlleva, es decir, el ejercicio abusivo de la comunicación del discurso y la salvaguardia del respeto propio.

El último capítulo estará dedicado íntegramente a examinar el aspecto final de la ponderación: la bisección de aspectos tutelados. Analizaremos de forma detenida, y según los cánones usados a lo largo del trabajo, supuestos especiales de relación entre los derechos al honor y la vida privada, de un lado, y a la información y la expresión, de otro. En este capítulo nos centraremos, por lo

tanto, a analizar y criticar la principal Jurisprudencia nacional y comparada sobre el tema. Así hemos de presentar no solamente lo teórico sino lo práctico de la satisfacción de la disfunción social trabajada.

Es imprescindible hacer algunas precisiones sobre lo que veremos a continuación. Es necesario recalcar que el trabajo se centra en una metodología meramente teórica, al ser una propuesta para ser utilizada en el Derecho Nacional; no es una revisión de cómo se ha manejado el tema en el país. Por lo tanto, no pretendemos convertirnos en meros observadores, sino en activos promotores de una visión adecuada de nuestros derechos fundamentales.

Además, debemos decir que nos remitiremos constantemente al análisis de lo ocurrido fuera de nuestras fronteras, dejando constancia de la limitada actividad doctrinal y del poco vanguardista trabajo jurisprudencial sobre la cuestión en el Perú, lo cual ha dificultado sobremanera presentar una investigación conveniente que explique, en algo, la amorfa naturaleza de nuestra Norma Fundamental. La jurisprudencia, la legislación extranjera y, claro está, la doctrina escrita así como las resoluciones de los organismos internacionales, han dado la pauta necesaria para poder realizar este trabajo. Pese a no aplicarlas directamente en nuestra realidad, en su adaptación podemos encontrar la solución. Con la globalización y la interacción entre los habitantes del orbe, ninguna teoría jurídica puede considerarse una innovación o un descubrimiento en un país, si ya fue aplicado en otro con éxito, pero si ya cayó en desface, no tiene por qué seguir empleándose. Además, utilizaremos los antecedentes constitucionales sobre el tema, además de apoyarnos en ciencias cercanas al

Derecho, como la psicología, la sociología, las ciencias de la comunicación así como la moral.


Por último, en vista que el tema ha sido tratado por distintas ramas sociales, dejamos en claro que el centro de nuestro trabajo está en lo que el Derecho propone, y si bien, tal como ya lo señalamos, utilizamos en ciertas partes puntos de vista distintos a él, esto lo hacemos simplemente como un dato referencial. Aunque sabemos que todo trabajo relacionado con la expresión y la información en el Perú tiene aristas políticas -tanto así que actualmente es materia de la agenda democratizadora impulsada por la Organización de Estados Americanos en el país-, declaramos que la perspectiva jurídica que utilizamos hace que estos asuntos sean revisados tan solo tangencialmente, mas por la naturaleza del ensayo que por la ausencia de interés en el tema. El retiro de la nacionalidad del propietario de un canal, la interceptación telefónica a los periodistas o el uso inmoderado y arbitrario de los medios de comunicación social en las últimas elecciones presidenciales, han podido ser tratados con amplitud pero, insistimos, el análisis de los aspectos relacionados con la comunicación del discurso -a trabajarse en el tercer capítulo- ha de centrarse exclusivamente en su relación con el respeto propio -materia del quinto capítulo-.

Antes de ingresar al desarrollo de este ensayo, quisiéramos agradecer a quienes nos prestaron incondicionalmente su ayuda para realizar este proyecto personal. En primer lugar -y ésta será la única vez que use la primera persona, porque es inevitable y sería injusto no hacerlo-, a mi muy querido padre porque los conocimientos jurídicos que me ha brindado han sido los primeros aliados que

tuve para iniciar la investigación. Además, a los abogados y profesores universitarios Samuel Abad Yupanqui -perspicaz y diligente asesor de tesis-, Juan Morales Godo, Ricardo Salazar, Eloy Espinoza-Saldaña y César Landa Arroyo, por sus comentarios y sugerencias, a Yvan Montoya y Erika García-Cobián, por darnos una contribución jurídica desde la familia, a Kela León -del Consejo de Prensa Peruana- por presentarnos el punto de vista de una periodista sobre el tema, y a los amigos que nunca faltan, como Alejandro Neyra -sobre todo en la revisión del texto-, Eduardo Dargent, Francisco Gálvez, Úrsula Baertl, Giovanni Priori, Pier Paolo Marzo, Renato Mejía, Susana Klien y Roberto Pereyra. Además, no podemos dejar de nombrar a ciertas instituciones que nos abrieron las puertas, como la Defensoría del Pueblo, el Tribunal Constitucional, la Comisión Andina de Juristas, el Congreso de la República, el Centro Cultural Los Andes, las Naciones Unidas, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Universidad de Lima y, lógicamente, la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Esperamos que al final de este trabajo, cumplamos el objetivo inicial, y así podamos ayudar con algo a nuestro querido Perú, tan vapuleado y criticado por razones políticas y jurídicas. Ojalá sirva de algo nuestro empeño en el tema. El camino es difícil, pero el deseo y la ambición, mayores.

Victor Hugo Montoya Chávez

A large, faint watermark of the university's logo is centered in the background of the page.

Parte I - Base Teórica:
La determinación de contenidos en la Teoría de los
Derechos Fundamentales

Una Teoría de Derechos Fundamentales corresponde a un esquema dogmático que, de manera sistemática y coherente, procura explicar los derechos fundamentales enmarcándolos en una Constitución concreta o describiéndolos dentro de cierto modelo¹. La gran variedad de fórmulas existentes nos exigirá que a lo largo de la Parte I realicemos una presentación preliminar, no de una teoría en especial, sino de un abanico de posturas que en el Constitucionalismo Contemporáneo pueda brindarnos concretas pautas a seguir, puesto que estos aportes observados de forma separada y excluyente pueden resultar -en determinadas oportunidades- insuficientes para resolver la diversidad de inconvenientes de las distintas sociedades para practicar los derechos.

En este sentido, afirmamos que no es menester realizar aquí una completa exposición doctrinal sobre el tema -y así agotarlo-, sino única y exclusivamente precisar determinadas materias relacionadas con esta teoría, tomándola como un conveniente soporte conceptual para comprender con la mayor sencillez posible el

¹ O como dice ALEXY, esta teoría es una “de determinados derechos fundamentales positivamente válidos” [*Theorie der Grundrechte* (versión en castellano: *Teoría de los Derechos Fundamentales*). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 28].

sentido actual de los derechos a la información, a la expresión, al honor y a la vida privada, así como la situación relacional existente entre ellos. Y es que esta disquisición de orientación constitucional nos obliga a no quedarnos en el plano de la abstracción, sino que nos impulsa a encontrar la solución de necesidades concretas y reales de las personas y las comunidades.

Además, debe quedar claro que una apropiada interpretación de los derechos fundamentales no sólo puede considerarse la realizada por los legisladores, al circunscribir el contenido de éstos, ni por los órganos jurisdiccionales, al declarar la juricidad o no de su aplicación, sino también la elaborada por parte de los estudiosos del tema, que pretendemos una investigación teórica con un valor puramente académico, o la realizada por las personas comunes y corrientes, pues, al fin y al cabo, somos los que cumplimos -o infringimos-, en un sentido de 'autocomprensión', todos y cada uno de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO PRIMERO

Cuestiones básicas de una Teoría de los Derechos Fundamentales

Un adecuado análisis de los derechos fundamentales requiere una previa elucidación de los principales conceptos que precisan su significado y funcionamiento. Por ello, debemos fijar el sentido contemporáneo de estos derechos, basados en una dimensión actual propia y relacionándolos con su plasmación en un Texto Constitucional.

Estos tres presupuestos de la Teoría de los Derechos Fundamentales determinan la trascendencia de los derechos en el mundo de hoy. Si no se fijan correctamente estos aspectos, menos aún podremos analizar, en el siguiente capítulo, la determinación de contenidos de los derechos fundamentales.

1. El cambio ideológico subyacente en el Constitucionalismo Contemporáneo

Si bien se sostiene la existencia de derechos antes de su positivación, no es menos cierto que este proceso ha recibido la casi unánime aceptación desde hace cientos de años, aunque es recién en los últimos cincuenta que los derechos fundamentales han alcanzado el significado que actualmente le conocemos.

1.1. Antes, la relación con el Estado

A lo largo de la Historia, la lucha de la población por el respeto de su persona ha estado a la par de un pensamiento más amplio acerca de la razón del ser humano. Las revoluciones -tanto sociales como políticas y económicas- nos han dado la posibilidad, progresivamente, de hacer respetar nuestros derechos como particulares frente a las autoridades y detentores del poder.

Es tan cierto ello que los signos más importantes para el surgimiento de lo que hoy conocemos como derechos fundamentales han estado relacionados con dichas transformaciones sociales. Cada una de estas etapas, además, reflejan la combinación de tres modelos estatales.

Fiovaranti nos presenta tres paradigmas que reflejan las 'Teorías del Estado de los Derechos Fundamentales', los mismos que se integran entre sí en la Historia¹: el historicista, el individualista y el estatalista. El primero de ellos encuentra sus bases en el Estado moderno con una clara limitación a su *ius imperium*, motivo por el cual concibe a los derechos fundamentales como libertades negativas. Por su parte, el individualista no se propagó de manera gradual dentro de la sociedad, sino se dio gracias al pacto o contrato social, el mismo que caló hondamente en la

sociedad, aceptando derechos políticos y considerando que los derechos civiles no eran creados por el Estado, sino tan sólo reconocidos por él: los derechos se edifican formalmente de manera concreta, condicionando la actuación de la autoridad a los posibles excesos de los poderes constituidos. Por último, el estatalista se sustenta en consideraciones del Estado total, el cual aparece como el soporte necesario para la tutela y creación de los derechos y libertades, no pudiendo éstos preexistir a aquél, al aparecer el poder constituyente autónomo, no como expresión de las voluntades individuales de la sociedad, sino como decisión política.

Entonces, se puede afirmar que la fortificación de los derechos dentro de cada una de las comunidades dependió, primigeniamente, de su contacto con el Estado. Podemos distinguir tres etapas dentro de dicho acercamiento.

a. La coadministración del poder

El concepto de derechos fundamentales en el mundo occidental se ha de iniciar en Inglaterra. Si bien en la Carta Magna de 1215, la *Petition of Rights* de 1628, el *Hábeas Corpus Act* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689, no tuvieron el sentido que hoy se les suele dar, su parcial reconocimiento sí logró un tímido respeto a los seres humanos. Aparecieron por causas distintas a la protección y desarrollo de la persona: no buscaron un coto al poder para que ella tuviese derechos, sino surgieron por intereses de las otras clases dominantes -léase, nobleza- para juntos dirigir dicho poder. También fueron precedentes importantes lo conseguido a través de la Paz de Augsburgo de 1555, la Paz de Westfalia de 1648, la Declaración de Derechos de 1689 y el *Act of Settlement* de 1701.

¹ Los derechos fundamentales, cit. por César LANDA ARROYO. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1999. pp. 322 y ss.

Básicamente esta experiencia inglesa es trascendental para lo que vendría luego, al sentarse las bases de los cambios en Estados Unidos de Norteamérica, de un lado, y en Francia, de otro. En esta etapa se puede observar la mezcla de una doctrina individualista e historicista, construida en clave antiestatalista.

b. El proceso bicontinental

Así, recién en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1776 dada en el Estado de Virginia -y en la Declaración de Independencia del mismo año- y posteriormente en la Declaración Federal de 1787 aparecen derechos fundamentales propiamente dichos, fundándose en la formulación jeffersoniana de *'life, liberty and the pursuit of happiness'*². La necesidad estadounidense de liberación de Inglaterra y la marcada influencia religiosa propiciaron que se reconozcan los primeros derechos como la libertad, la propiedad privada, la vida, la seguridad, la resistencia y libertades como las de conciencia y de religión.

Todo esto, junto con lo conseguido a través de la Declaración Francesa de Derechos de 1789, marcó el inicio de una real protección de los *droits fondamentaux* de las personas. Este proyecto galo brotó gracias a una fuerte influencia por parte de los movimientos revolucionarios (que intentaban restringir las monarquías imperantes), del iusnaturalismo racional (que mostraba un límite al Estado por la relación entre el Derecho y la Moral), de la base teórica de Sieyès, de la visión antropocéntrica de John Locke (que planteaba que los derechos debían ser considerados como imprescriptibles o naturales y posibilitar la

² Para ALVITES ALVITES y DARGENT BOCANEGRA, el proceso real de reconocimiento de derechos fundamentales debió iniciarse en Estados Unidos puesto que "los colonos sí conocían cuán malo podía ser el poder absoluto de un Parlamento que no defendía sus intereses" [Aproximaciones a la interpretación constitucional: dos lecciones para no olvidar. En: *ius et veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año X, n° 20. p. 110].

resistencia al opresor a través de la revalorización del sentido del ser humano), del contrato social del Rousseau, del humanismo laico enciclopedista (en América más religioso que en Europa), de la doctrina de Montesquieu (que proclamaba la división de los poderes) y de los fisiócratas (quienes rechazaban el intervencionismo estatal en Economía).

Este nuevo pensamiento aparecía, entonces, gracias a una doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en un signo antihistórico.

c. La preocupación social

A partir del siglo pasado, se renueva la visión de los derechos. Este largo camino había de completarse gracias al aporte dado por los alemanes a través del trabajo de la Asamblea Nacional de Francfort que en 1848 elaboró una relación de los derechos fundamentales del pueblo, y que, pese a ser declarada nula en 1851, es recogida ya en 1919 por la Constitución de Weimar.

Es asimismo trascendental la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado dada en Rusia en 1918, la misma que buscaba configurar un sistema político particular que denotase un gran respeto por los derechos fundamentales de su clase empleada. La Revolución Mexicana de unos años antes también había logrado progresos para con el proletariado, plasmándose dichos avances en su Constitución de 1917.

En esencia, esta preocupación social se sustenta en una doctrina historicista y estatalista, en clave antiindividualista.

1.2. Hoy, la relación con la Constitución

Tal como hemos observado, la relación entre Estado y derechos fundamentales y un incipiente Constitucionalismo liberal, rigieron el sentido de estos derechos a través de cientos de años. Pero, un hito importante en el cambio de dirección se presenta a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, reflejándose en una dependencia inusitada de las Normas Supremas y ya no del Estado, constituyéndose las ‘Teorías Constitucionales de los Derechos Fundamentales’.

La base lógica de esta concepción es el nuevo sentido que alcanzan las Constituciones nacionales: dejan de ser una norma más, para alcanzar un *status* político igual de importante que el jurídico.

1.2.1. Un abanico de posibilidades

A partir de aquí, y a lo largo de todo este trabajo, haremos mención a diez teorías que pasamos a explicar. Si bien esta descripción será realizada de manera somera, intentaremos presentar el significado que ellas engloban, incluyendo aciertos y deficiencias.

Cada una de estas teorías son parte de un reduccionismo parcial que haremos mención *infra*, razón por la cual -reiteramos- no nos adscribiremos a ninguna de ellas, pero dejamos constancia de nuestro acercamiento a la institucional y a la argumentativa.

a. Teoría liberal

Según ésta, los derechos fundamentales no son más que meros derechos-defensa, *abwerrechte*³. Intentan proteger a los individuos frente al poder estatal y busca prevenir -o en su caso, controlar- toda afectación a los márgenes personales por parte del Estado, procurando un respeto casi irrestricto a la conservación de la autonomía privada.

Así, esta libertad -preestatal mas no presocial- busca la creación de una esfera de autonomía privada, de unas capacidades activas relacionadas con las facultades de autodeterminación del individuo. No cumple un objetivo determinado, sino basta que sea compatible con la norma legal de manera general, abstracta y formal. Y es que la libertad es, según Florentino, “la facultad natural de cada uno de hacer lo que le plazca, a menos que esté impedido por la fuerza o por el derecho”⁴. El nombre mismo de esta teoría nos induce muy bien a pensar el fin seguido por ella: el mantenimiento de la ‘libertad’, una libertad frente al poder.

Dentro de un corte más iusnaturalista, Rawls propone un ‘esquema plenamente adecuado’ de libertades, mediante el cual éstas deben considerarse como poderes morales de los ciudadanos en cuanto son derechos personales libres y de pleno derecho⁵.

El descontento con este planteamiento emerge básicamente por haber sido sobrepasado por la realidad. El ámbito que se preocupa en preservar esta teoría no es el único; los derechos fundamentales aparecen una defensa inexorable ante

³ También denominados ‘derechos reflejos’ según PRIETO SANCHÍS, puesto que “su contenido refleja o se corresponde con la obligación impuesta por el ordenamiento jurídico a los demás sujetos que no son titulares del derecho” [De las garantías de las libertades y derechos fundamentales. Comentario introductorio al Capítulo IV. En: ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.). Constitución Española de 1978. Madrid: Edersa, 1984. v. IV, p. 436].

⁴ “*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi quid vi aut iure prohibetur*” [Digesto, 1, 5, 4]. En este sentido, “el hombre [...] tiene como instrumento la libertad; con ella puede construir a sí mismo y a su entorno, o puede destruir su esencia y el mundo que lo rodea”, motivo por el cual se propone complementar la libertad con la responsabilidad [DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo y Orlando Enrique ECHEVERRÍA OVALLE. La libertad de prensa: Juricidad y Realidad. Tesis (grado). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1987. pp. 07, 13].

el Estado (al ser netamente subjetiva se ha de alejar de lo normológico-real). Antes que errada, esta teoría es incompleta.

b. Teoría valorativa

Nos presenta a los derechos fundamentales como fiel expresión del orden valorativo de la sociedad, valores que se expresarían a través de normas constitucionales (concepción de la ética material de los valores, *material wertethik*). Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales se relativizan a su tiempo y espacio, revaluándose o devaluándose según las circunstancias del estado de conciencia o del espíritu, *zeitgeist*. Son los factores constitutivos del proceso de integración.

Esta teoría se basa en el carácter objetivo de los derechos y en la consideración de que estos “son el fundamento de los valores por los que se va a regir la comunidad y expresión de los valores que ha establecido por sí misma dicha comunidad”⁶.

Esta doctrina de origen teutón encuentra similitudes con los planteamientos de sus pares anglosajones. De un lado, Weschler propone ‘principios neutrales’, es decir, criterios que pueden ser formulados y puestos a prueba en un ejercicio de dialéctica⁷. De otro, Ely, en su teoría de los ‘valores propios del juez’, considera cardinal reconocer la potestad del juzgador para utilizar su propia capacidad de análisis para interpretar los derechos fundamentales dentro del conjunto

⁵ Las libertades fundamentales y su prioridad, cit. por Teresa FREIXES SANJUÁN. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución Española de 1978 (Constitución y derechos fundamentales: I). Barcelona: PPU, 1992. pp. 56 y 57].

⁶ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 78.

De esta manera se recoge el pensamiento del principal defensor de esta posición doctrinaria, que es SMEND [*Verfassungs und Verfassungsrecht*, cit. por César LANDA ARROYO. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op cit. p. 327].

⁷ Cit. por Teresa FREIXES SANJUÁN. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Op. cit. pp. 55 y 56].

constitucional, como un todo⁸. Además, esta teoría ha sido recogida por diversos sistemas judiciales⁹.

El peligro de una teoría como ésta es la posibilidad de que, utilizándose un sentido inexacto de los valores, su interpretación pueda terminar separándose de las minorías o apartándose de los sectores mayoritarios, llevándonos ello a lo que se denomina ‘tiranía de los valores’. Además, esta teoría en vez de complementar el sentido del planteamiento liberal es, sobre todo, extraña a él.

c. Teoría institucional

A diferencia del proyecto valorativo, la teoría institucional sí persigue complementar a los liberales. Reconocerle a los derechos fundamentales un ámbito objetivo de participación es su principal innovación, aunque no la única: desarrolla una doctrina sobre el contenido esencial, posibilita el rol innovador del legislador y contempla un proceso de concretización de las normas. Esta teoría es la que goza de preeminencia dentro del Constitucionalismo Contemporáneo.

Desde este punto de vista, los derechos no son únicamente algo dado, organizado, y, de tal modo, objetivados como *status*; sino que ellos, justamente a consecuencia del obrar humano, devienen en ‘realidad vital’¹⁰. Esta teoría se sustenta en un

⁸ *Democracy and Distrust*, cit. por Teresa FREIXES SANJUÁN. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Op. cit. p. 57].

⁹ De esta forma aparece la Jurisprudencia de los Valores. Ésta ha sido utilizada en los tribunales norteamericanos, alemanes e italianos. La *Werttheorie* es la construcción alemana por la cual los derechos fundamentales constituyen normas axiológicas que pueden conocerse con gran seguridad intuitiva. En el lado de Estados Unidos de Norteamérica, se presenta a través de los ‘*preferred freedoms*’, mediante la cual en cada derecho subyace un valor, el mismo que es fundamental para analizar la colisión entre ellos, usándose la técnica del *balancing*, sin decantar en lo posible el valor de uno de ellos. La Corte Constitucional italiana, por su parte, asumió la teoría del ‘exceso del poder’, la misma que busca evitar una desviación de las actividades del legislador para desarrollar estos derechos.

¹⁰ Tal como lo propone HÄBERLE, principal propulsor de esta teoría, a lo largo de su libro *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale* (versión en castellano: La libertad fundamental en el Estado democrático). Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997. pp. 55 y ss. Sin embargo, la ‘tentación institucional’ incluye propuestas de las más variadas, entre las que podemos encontrar a las de HAURIOU y SCHMITT principalmente, tal como veremos *infra*.

proceso de integración, de actualización -o desarrollo continuo- y de innovación para la realización del Estado. Los institucionalistas nos abren el camino necesario para considerar los cambios existentes en la realidad, tanto económicos como políticos, por medio de los cuales se reclama una actuación estatal concreta. Por eso, para Landa Arroyo solamente a partir de esta teoría, que reafirma los valores democrático-constitucionales, se podrá articular legítimamente en el Estado una defensa de intereses sociales así como permitir la recuperación ética y política de nuestro país¹¹.

Esta construcción institucional germana se ve recogida por dos creaciones jurisprudenciales¹²: una estadounidense y otra francesa. La primera, propuesta por Black, que si bien no ha tenido mucha acogida es importante revisar; es la 'teoría estructuralista', la misma que encuentra sus cimientos en considerar al derecho fundamental dependiendo de las estructuras de poder constitucionales y que son inferidas del propio texto de la máxima norma. Por su parte, el pensamiento galo nos lleva al concepto del *bloc de la constitutionnalité*, constituido por una serie de normas jurídicas cuya función consiste en servir de parámetro a la constitucionalidad de las normas, haciéndose una remisión al valor jurídico y positivo de los Preámbulos constitucionales.

Además, la corriente doctrinaria sistémica encuentra un punto de acercamiento con el institucionalismo. Esta variante se basa en el método estructural-funcionalista, a través de la cual se debe incorporar una variable social compleja: el ejercicio de derechos y libertades se encuentra en correspondencia con el sistema jurídico, que depende del sistema social existente, moderno o tradicional¹³.

De otro lado, señalaremos que DWORKIN, perteneciente a la teoría moral-jurídica, que revisaremos líneas abajo, tiene un punto de encuentro con el alemán cuando señala que los derechos institucionales son los que rigen la labor de los jueces, siendo, desde su punto de vista, los auténticos derechos [*Taking Rights Seriously* (versión en castellano: Los derechos en serio). 1ª ed., 2ª reimpr. Barcelona: Ariel Derecho, 1995. pp. 171 y 172].

¹¹ Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. p. 316.

¹² Presentadas por FREIXES SANJUÁN [Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Op. cit. pp. 63, 80 y ss.].

¹³ Quien esboza esta teoría es LÜHMANN. *Das Rech der Gessellschaft*, cit por César LANDA ARROYO. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. p. 332.

Este planteamiento se puede ver complementado por los conceptos vertidos por Santi ROMANO, para quien una institución es una organización que fija los diversos elementos de un ente, la posición y la función de ellos, así como también la unidad que de

Sin embargo, este planteamiento no está exento de críticas. En él se sugiere una confianza desmedida en el legislador, no reconociendo las posibilidades de abuso por parte de éste al momento de concretar las normas de los derechos fundamentales; este temor se refleja aún más en sociedades con poca estabilidad democrática, como la nacional. Además, esta dualidad individual-institucional postula, en pocas palabras, la inoperancia de los derechos de libertad, no reconociéndoseles una actitud positiva dentro de la actividad estatal, lo cual también es objeto de reproche. También es problemática tanto la coexistencia de una aplicabilidad directa de los derechos fundamentales y la necesidad de regulación de los mismos como la fusión entre Constitución y legalidad a través del desarrollo legislativo.

d. Teoría del ejercicio democrático

Al igual que los institucionalistas, buscan proponer un ámbito objetivo de los derechos fundamentales para complementar el planteamiento liberal. Por ello, dentro de esta teoría, se debe considerar como fin esencial de cada derecho el fortalecimiento de una democracia deliberativa. Con este fin, se toma como punto de partida la relación de los derechos con su función política y pública.

Lo primero que ha de garantizarse es una esfera de libertad frente al Estado, una 'libertad para', y este 'para' es la garantía del proceso democrático. Conjuntamente, se ha de distinguir el carácter cívico de los derechos

todo ello resulta [El ordenamiento jurídico, cit. por Teresa FREIXES SANJUÁN. Estructura jurídica y función constitucional de los

fundamentales, en tanto elementos constitutivos y participatorios de la democracia del Estado¹⁴. Para lograr su propósito, correlativamente con los derechos, han de existir deberes y obligaciones fundamentales. El objeto, *aufgabe*, y la función, *funktion*, pública y democrático-constitutiva, legitiman los derechos fundamentales, y también determinan su contenido.

En una dirección similar aparece la teoría italiana del 'orden público constitucional', posición por la cual se considera un grupo de derechos como inviolables, en donde el ciudadano, tanto como ser individual como formación social, ejerce su personalidad gracias a la función democrática de los derechos fundamentales.

Si bien consideramos importante propulsar un respeto a un cometido democrático que puedan tener los derechos fundamentales, esta tesis comparte las críticas respecto a los institucionalistas: se están desconociendo características concretas de los derechos, en especial de los individuales.

e. Teoría social

Las teorías antes mostradas no logran aún presupuestos sociales para realizar verdaderamente los derechos fundamentales. A raíz de ello, la postura social apoya la posibilidad de que se procuren directamente prestaciones estatales, especialmente relacionadas con la vigencia de los derechos sociales.

Los derechos fundamentales requerirán, entonces, para no caer en una fórmula vacía y alejada de la realidad, ser concebidos como pretensiones de prestación que necesitan para su realización de determinados medios financieros, organizativos o

derechos. Op. cit. p. 06].

¹⁴ Esta propuesta surge de los presupuestos de KRÜGER [*Allgemeine Staatslehre*, cit. por Teresa FREIXES SANJUÁN. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Op. cit. p. 67] y KLEIN [cit. por César LANDA ARROYO. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. p. 334].

personales¹⁵. A través de una teoría como ésta podemos hacerle frente a los cambios existentes en el mundo de hoy, sobre todo en materia tecnológica¹⁶.

Así, adecuada relación se puede encontrar entre esta teoría y la normativa. A través de esta última se realiza un análisis de los derechos fundamentales a partir de su aplicación; este modelo resulta de la fusión de norma y realidad a la que es aplicada. Se da un fenómeno de ordenación unitaria para la determinación de una norma, cuya estructura se compone de dos elementos: el ámbito normativo y el programa normativo. Según el planteamiento de Müller, para determinar el sentido de una norma se debe tener en cuenta la realidad social a la que es aplicada (ámbito normativo) y su relación con el texto normativo, entendido como la prescripción jurídica originaria (programa normativo). Un derecho fundamental -y por ende, la norma que lo alberga- no está constituido por una mera suma de hechos, sino por una conexión de elementos estructurales que aparecen configurados en el programa normativo y que son determinados desde la realidad social¹⁷.

También existe una cercanía entre lo social y el 'análisis equilibrador' de los derechos fundamentales, proposición de Schneider, por medio de la cual se analizan también las labores encargadas a los derechos, ampliamente relacionados con el ámbito político. Así, éstos han de cumplir¹⁸: una tarea democrática (principio de autodeterminación, referida a la participación política libre), una del Estado de Derecho (metas orientadoras de la acción del Estado, llegándose a formar un verdadero 'Estado de Derechos Fundamentales') y otra del Estado Social (búsqueda de equilibrio entre las diferentes situaciones de las personas para conseguir Justicia social).

¹⁵ Estos son los postulados de ROMANO, GIGY [*Wirtschaftsverfassungsrecht*] y BADURA [*Das prinzip der sozialesn Grundrechten una seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland*], los mismos que pueden encontrarse en César LANDA ARROYO. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. pp. 335 y 336.

¹⁶ Y es que "*[r]evolutions are frightening, even for their most ardent supporters. They bring disruption, distress and destruction; human lives and an established social order are turned upside down. We are now living through a technological revolution which, while it does not threaten death and destruction, does carry with it fundamental changes in the way we live and work together*" [EUROPEAN COMMUNITIES. Forum Information Society. Bruselas, junio de 1996. <http://www.ispo.cec.be/infoforum/pub/inrep1.html>].

¹⁷ Cit. por Juan Carlos GAVARA DE CARA. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. pp. 107 y ss.

¹⁸ Cit. por Teresa FREIXES SANJUÁN. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Op. cit. p. 69.

Aunque la innovación de los sociales es más que importante porque realidad y Derecho se encuentran íntimamente unidos, no debemos desconocer igualmente -y aquí recae la crítica a esta teoría- que un análisis estrictamente jurídico no puede estar subordinado a -y determinado por- las pretensiones sociales, sino solamente nutrirse de ellas, puesto que, de lo contrario, la arbitrariedad de la realidad puede hacer sucumbir a la seguridad jurídica.

f. Teoría interpretativa

Esta teoría supone el manejo de un esquema de explicación aplicable a todos los derechos fundamentales; es una teoría ideal, de índole acumulativa.

Para tratar de resolver de manera integrativa -en un único esquema de explicación- los diversos problemas que plantean los derechos fundamentales, se deberá utilizar las cinco teorías antes presentadas (liberal, valorativa, institucional, democrática y social), y es que una teoría de los derechos fundamentales debe ser entendida como una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales¹⁹.

A pesar de lo indispensable de este proyecto, consideramos que esta construcción deviene en imperfecta puesto que si bien se busca dar un planteamiento sistemático a todas las teorías presentadas, sólo logra una exhibición de varios planteamientos²⁰. Además, se ha de criticar este punto de vista arguyendo que se estaría perdiendo la dimensión individual y colectiva de la Constitución.

¹⁹ Quien mejor ha desarrollado la postura argumentativa ha sido Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE. *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, cit. por Juan Carlos GAVARA DE CARA. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Op. cit. pp. 76 y ss.

²⁰ Tal como concluye Robert ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Op. cit. p. 36 (lo que se ha elaborado es una 'teoría unipuntal' al presentar como una sola a teorías que propugnan tesis básicas y propias, como las cinco mostradas); en similar línea

g. Teoría moral-jurídica

Busca restaurar de forma eficiente la relación entre Moral y Derecho. Se propone la tesis de la ‘respuesta correcta’ haciendo coexistir los derechos morales con los jurídicos, razón por la cual el juez sólo reconocerá el derecho que tenga mayor fuerza de convicción, sin aplicar, en la medida de lo posible, sus convicciones personales.

Según una teoría como ésta, la función del juez no podrá, entonces, considerarse como creadora, propia de la *living Constitution*, sino simplemente como garantizadora²¹: sólo se recoge el sentido explícito de los derechos.

Con esta postura estaremos regresando a un neiusnaturalismo, aunque los propulsores de esta teoría se encarguen de negarlo, pero no debemos olvidar que nuestra Constitución recoge de una manera u otra esta idea, puesto que permite que cualquier derecho compatible con el Texto Constitucional aún cuando no esté expresado directamente como enunciado normativo dentro de él, sea considerado como fundamental (artículo 3). Por lo tanto para nuestro constituyente, derechos expresamente establecidos son iguales a los derechos naturales, aunque existe una transmutación de lo ideal en lo normológico.

Pese a ello, a veces se propugna derechos morales superiores a los constitucionales. Allí parece que se han olvidado que la Constitución positiviza derechos y por lo tanto no se puede preferir la preeminencia que existiría entre derechos morales y los ya reconocidos. Todos deben ser iguales, sólo pueden concretizarse y optimizarse.

de crítica, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 1995. 5ª ed. p. 301.

h. Teoría argumentativa

Presenta una tesis en la que dirige la argumentación jurídica racional a un campo particular con un sentido propio en el plano concreto. Para ello, se utiliza la diferenciación entre los derechos fundamentales presentados como normas, ya sea como reglas o principios.

Según esta teoría, los derechos fundamentales son básicamente los positivados, pero algunos de ellos, no corresponden con dichas normas; por eso es necesario identificar los derechos de cada Ordenamiento²². De esa forma, se busca exponer una teoría estructural y analítica que tenga como eje último la cuestión de la correcta decisión sobre derechos fundamentales y su explicación racional²³.

Una gran dificultad -aunque más que eso quizás sea una insuficiencia- es que se dispensa del uso de la aplicación práctica de su teoría en la realidad, puesto que se orienta específicamente a un plano dialéctico. Entonces, se desentiende de recoger postulados sociales en la concreción de los problemas de los derechos.

i. Teoría multifuncional

Se propone una teoría en la cual los derechos fundamentales participan de la variedad de funciones encargadas a la Constitución, pluralidad de la cual el resto de posturas sólo acoge alguna (esto es muy claro en la teoría del ejercicio democrático). En este planteamiento debemos acoger como válidos todos los cometidos constitucionales puesto que en caso de asumir solamente uno de ellos, estaremos pecando de restrictivos.

²¹ Ésta es en buena cuenta la base del planteamiento de Ronald DWORKIN a lo largo de su obra *Los derechos en serio*. Op. cit. pp. 43 y ss.

²² Presentación por parte de Robert ALEXY en su trabajo *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Op. cit. pp. 27 y ss.

²³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Robert Alexy: *Theorie der Grundrechte* – Recensión. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Nueva Época. Madrid, t. IV (1997), p. 717.

No olvidemos los principios que rigen nuestra Constitución: si bien existen los “de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (artículo 3), también lo hay el de la dignidad humana y la defensa de la persona humana (artículos 1 y 3). Por lo tanto, no todos los derechos tienen un mismo fin: existen diversidad de cometidos para cumplir dentro de la Constitución.

En general, la determinación de dichas funciones es primordial para reconocer la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en la sociedad. Según Stern, los fines que deben atribuirse a cada derecho fundamental son²⁴: racionalizador, autodeterminador y protector de la persona (a través del establecimiento de la estructura organizativa elemental del Estado y el desarrollo de los contenidos materiales básicos de éste), ordenador, estabilizador, unificador, controlador de poder y asegurador de la libertad. Frente a esta postulación, Denninger plantea tres grandes funciones que ellos deben cumplir respecto a la Constitución. Éstas son²⁵: de defensa de los individuos frente a las intromisiones del Estado, asistencial -o prestacional-, y, participativa (al garantizar a todos los ciudadanos su intervención en el campo político, económico y social).

Quizás esta teoría recoge ampliamente los cimientos de los derechos fundamentales, pero creemos que una lista o relación deja abierta siempre la posibilidad a la indeterminación conceptual respecto a los derechos. Al reconocerse funciones, lo que se está haciendo es solamente rescatando la posibilidad de aplicación práctica de los derechos fundamentales mas no su concretización teórica.

j. Teoría de las garantías procesales

²⁴ *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit. por César LANDA ARROYO. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. p. 332.

Gracias a esta propuesta, tanto tutela judicial como debido proceso se incorporan al contenido de los derechos fundamentales. Lo que se toma en cuenta aquí es que si bien debe existir un razonamiento sustantivo de estos derechos, esto quedaría ausente e irreal si no se promueven las fórmulas procesales convenientes para hacerlo vigente en la realidad.

Quienes la asumen²⁶ van más allá del *status activus processualis*, buscando una tutela efectiva tanto en los tribunales como en la administración, y no sólo eso, sino que incluye una protección efectiva que garantice el debido proceso material y formal.

Lo que intenta, entonces, esta teoría, más que proponer un análisis concreto respecto a los derechos, es complementar cualquier propuesta doctrina con los argumentos procesales.

1.2.2. La contextualización del análisis

Tras presentar las teorías con las que trabajaremos y que forman parte del Constitucionalismo Contemporáneo (las que han intentado explicar desde un punto de vista innovador -a veces no tanto- los problemas específicos de los derechos fundamentales), debemos centrarnos en las características propias que un Sistema Jurídico posee.

1.2.2.1. Los instrumentos internacionales

²⁵ Democracia militante y defensa de la Constitución. En: BENDA, Ernesto (coord.). Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 463.

²⁶ Como GOERLICH. *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, cit. por César LANDA ARROYO. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. p. 338.

Éste es el marco en el que deben considerarse los derechos fundamentales dentro las ‘teorías constitucionales’. Estos instrumentos guían nuestra Constitución y su vigencia debió ser, hasta la actualidad, indiscutible y pacífica²⁷. La mutua influencia entre ambos (derechos fundamentales e instrumentos internacionales) es más que evidente.

Con la firma de los primeros instrumentos internacionales, se ha permitido el debido respeto a los derechos fundamentales en cada uno de los Estados suscriptores, otorgándosele un tratamiento uniformizado y un gran desarrollo tutelar.

Existe una gran relación entre la universalización de los derechos -en este caso, humanos- y la formación de entidades internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o de Estados Americanos (OEA). Dentro de su espacio de funcionamiento existen normas que nos interesan revisar, las cuales pueden ser declaraciones (con un valor meramente ético, sin fuerza vinculante) o convenciones (cuya existencia sí exige un cumplimiento obligatorio).

A continuación presentamos los principales instrumentos que rigen el Ordenamiento nacional²⁸, los mismos que, según Rodríguez Brignardello, “recogen obligaciones de los Estados Partes (como el Perú) para con los individuos sujetos a su jurisdicción, quienes, aun cuando no intervinieron en la adopción de los acuerdos respectivos, resultan los destinatarios principales de dichos acuerdos”²⁹.

²⁷ Pese a esta aseveración, en los últimos meses ha existido una gran discrepancia por parte de los especialistas en el tema, debido al ‘retiro voluntario’ del Perú de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos -a través de conductos extrajurídicos-, lo cual contradice los planteamientos de nuestro Estado frente al Ordenamiento Supranacional.

²⁸ Dejamos en claro, además, que a lo largo del presente trabajo haremos mención a otros instrumentos internacionales, incluso a algunos no atendibles en el caso peruano, pero presentados únicamente con un propósito académico (como el Convenio Europeo o la Carta Africana).

²⁹ Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Constitución Peruana de 1993. En: Derecho y Sociedad. Segunda Etapa. Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año VIII, n° 12 (1997), p. 91; además, COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Protección de los Derechos Humanos. Definiciones Operativas. Lima: CAJ, 1997. p. 13.

(A) El ámbito mundial

Dentro del Sistema Universal de Protección Internacional de los Derechos Humanos, la Conferencia de San Francisco firmada en 1945 da su fruto final en la Carta de las Naciones Unidas. Con ésta se crea la organización mundial y se sientan las bases para la declaración y los pactos posteriores.

(a) La declaración universal

A partir de la existencia de las Naciones Unidas se da el primer instrumento que nos interesa recordar: la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁰. Ésta se autoproclama “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

(b) Los dos pactos

A nivel mundial, existen dos instrumentos convencionales de alcance general³¹. El primero es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³². Éste se encuentra referido a derechos que intentan mejorar el *status* de vida de la población, en aspectos como el laboral, familiar, sanitario o educativo. Su sentido debe verse complementado con otro instrumento.

³⁰ Suscrita y proclamada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución n° 217-A (y aprobada en el Perú por Resolución Legislativa n° 13282 del 15 de diciembre de 1959).

³¹ Los pactos internacionales de derechos humanos constituyen los primeros tratados internacionales globales y jurídicamente obligatorios en materia de derechos humanos y que, junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos, forman el núcleo de la Carta Internacional de Derechos Humanos [NACIONES UNIDAS – ASAMBLEA GENERAL. Informe a/50/635/Add.1, Pactos internacionales de derechos humanos. 50° período de sesiones (1995 - 50/171). p. 371].

³² Adoptado y abierto a la firma, ratificado y adherido por la Asamblea General en su Resolución n° 2200-A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (aprobado por Decreto Ley n° 22129; instrumento de adhesión, 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978).

Éste es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³³, convención por la cual se busca proteger derechos básicos de las personas, que en un momento inicial estuvieron referidos a la ausencia de intervención del Estado, pero que ahora han adquirido una actitud positiva hacia su efectividad real. Estos derechos, tal como el propio Pacto postula, se derivan de la dignidad inherente a la persona humana y que sin la creación de condiciones necesarias para su goce “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria”.

(B) El ámbito hemisférico

En el caso nacional, lo que nos interesa revisar es el Sistema Regional Interamericano de Protección Internacional de los Derechos Humanos. Éste ha sido establecido por los Estados americanos a fin de contribuir al logro de los objetivos comunes, tomando en cuenta las condiciones propias del continente.

(a) La declaración americana

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁴ es previa a la universal; es la primera en el ámbito internacional. A través de ella se debe observar “[q]ue los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”.

(b) El pacto regional

El instrumento internacional de alcance regional de mayor importancia -debido a su exigibilidad- es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado

³³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución n° 2200-A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (aprobado por nuestro país por Decreto Ley n° 22128; instrumento de adhesión, 12 de abril de 1978; depositado el 28 de abril de 1978).

³⁴ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá, 1948.

también Pacto de San José de Costa Rica³⁵. A través de éste se enfoca el conocimiento de las materias tratadas en los dos pactos internacionales dentro del ámbito americano.

No debemos olvidar que nuestra Norma Fundamental, en su Cuarta Disposición Final y Transitoria, ha rescatado el relieve primordial que cumplen estos instrumentos internacionales con respecto a los derechos fundamentales, al expresar que las normas relativas a estos derechos -y que la propia Constitución reconoce- se interpretan conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú.

Gracias a un artículo como el nacional, para Häberle, “[e]l Estado constitucional pierde su tradicional ‘introversión’, orientándose hacia fuera como ‘Estado constitucional cooperativo’, esto es, ‘interioriza’ los derechos humanos universales que le son ‘dados’ desde fuera, tanto de forma aparente como real”³⁶.

Por ello, y tal como el Preámbulo del propio Pacto de San José de Costa Rica afirma, los instrumentos internacionales reconocen “que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados”. En ese sentido, y tomando en consideración la globalización del Derecho, para Pérez Luño cualquier atentado contra derechos de la persona no es más una ‘cuestión doméstica’ de los Estados, sino un problema de relevancia internacional³⁷.

³⁵ Adoptado por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José, del 07 al 22 de noviembre de 1969 (suscrita por el Gobierno de la República del Perú, el 27 de julio de 1977; aprobada por Decreto Ley n° 22231).

³⁶ El concepto de los derechos humanos. En: SAUCA, José María (ed.). Problemas actuales de los Derechos Fundamentales. Madrid: Universidad Carlos III, 1994. p. 88.

Pese a la importancia de esta norma, ya no contamos con un artículo como era el 105 de la de 1979, destacado por el alemán [Ibid. p. 87], según el cual se elevaban las normas de los tratados relativos a derechos humanos a una jerarquía constitucional.

³⁷ Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991. p. 41.

1.2.2.2. Los rasgos nacionales

Si bien se busca presentar la concepción de los derechos fundamentales de manera homogénea (con la aceptación casi unánime de los instrumentos internacionales, sobre todo los de la ONU), no es menos cierto que ésta debe circunscribirse a cada realidad (es imposible negar que la nuestra será muy distinta a otras como la finlandesa, la coreana o la marroquí).

La débil organización democrática de los países de la región, el fuerte abuso del gobierno por parte de los detentores del poder y nuestra gravísima situación económica y social, hace que la efectividad real de los derechos fundamentales en Latinoamérica sea muy difícil de sobrellevar. El Perú, así como sus similares, posee problemas estructurales -ya no coyunturales- muy peligrosos, que deben ser tomados en cuenta. Más que ser un problema hemisférico, y por tanto de la OEA, ya que se puede excluir a ciertos Estados del norte del continente, es una dificultad de una parte de él: es un inconveniente de la región latinoamericana.

Debemos tomar conciencia de nuestra semejanza cultural, económica e histórica con el resto de países de América Latina. Tal como lo sostiene Picado, “la realidad constitucional latinoamericana está caracterizada básicamente por la necesidad de desarrollar o de ajustar la dogmática de los derechos fundamentales a las demandas y desafíos contemporáneos; proceso por el cual, el perfeccionamiento de

Además, el mismo autor refiere que existe interdependencia entre las legislaciones nacionales sobre los derechos fundamentales, por lo que no puede negarse que “uno de los rasgos peculiares de nuestra época es el de la superestatalidad normativa, que supone la adopción de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes, por efecto de explícitos actos de aceptación de la estructura normativa de determinadas organizaciones internacionales o supranacionales, o bien por el reconocimiento implícito de normas jurídicas fuera del área en la que inicialmente fueron promulgadas” [Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma? En: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (coord.). Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 51].

Para PRIESS, quizá gracias a internet o a la televisión por satélite, y al flujo de informaciones que se maneja actualmente, “se nota una pérdida cada vez más visible de la soberanía de cada Estado nacional”; así “[l]o que prohíbe un Estado, lo permite otro” [La comunicación frente a la expansión de los mercados. La comunicación pública, una perspectiva alemana. En: Diálogos de la comunicación. Revista teórica de la Federación Latinoamericana de las Facultades de Comunicación Social. Lima, n° 48 (oct. 1997). pp. 22 y 23].

la jurisdicción de la libertad, ayudará a recuperar el sentido de la teoría y a la práctica de los derechos”³⁸.

En este mismo aspecto, se puede realizar una reflexión desde la teología moral, al invitarnos a participar de una aproximación a la sociedad para entender qué valores están en juego en el tema de los derechos en relación con nuestras sociedades.

Para Moreno Rejón, se debe constatar que el núcleo de la cuestión no reside fundamentalmente en uno de los valores humanos (la libertad) ni atañe sólo a un sector de la vida (la política); lo que está en juego es la entera dignidad de la persona humana que necesita un mínimo de condiciones materiales y sociales para su desarrollo (eso sí considerándose en sus diferentes niveles: derechos de los pueblos y culturas a los que se les niega su identidad, derechos de las razas despreciadas, derechos de los pobres concretos y reales, derechos de los grupos relegados). Por ello, debemos ver en el ciudadano siempre vejado por los demás, el sujeto primero y preferencial de los derechos fundamentales³⁹.

Tal como lo hemos podido observar, la circunscripción de los conceptos universales a ámbitos particulares, es realmente trascendente en el tratamiento de los derechos fundamentales. Esto puede verse claramente en la violación sistemática por parte de los Estados de diversos derechos, aún más cuando en la actualidad el retroceso democrático en muchos de los países de la región es más

³⁸ La información como un derecho humano colectivo. En: ORDOÑEZ, Jaime (ed.). Periodismo, Derechos Humanos y Control del Poder Político en Centroamérica. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994. p. 45.

³⁹ MORENO REJÓN, Francisco. Derecho Humano y Teología Moral: Reflexión a partir de la Realidad Latinoamericana. En: Revista Latinoamericana de Derechos Humanos. Lima, n° 2 (feb. 1989). p. 61.

Además, se ha afirmado que “[e]l hombre latinoamericano encuentra una sociedad cada vez más desequilibrada en su convivencia. Hay ‘mecanismos que, por encontrarse impregnados no de un auténtico humanismo sino de materialismo, producen a nivel internacional ricos cada vez más ricos a costa de pobres cada vez más pobres’ (Juan Pablo II). Tales mecanismos se manifiestan en una sociedad programada muchas veces a la luz del egoísmo, en las manipulaciones de la opinión pública, en expropiaciones invisibles y en nuevas formas de dominio supranacional, pues crecen las distancias entre las naciones ricas y pobres. Hay que añadir, además, que en muchos casos el poderío de empresas multinacionales se sobrepone al ejercicio de la soberanía de las naciones y al pleno dominio de sus recursos naturales” [Puebla. Mensaje a los pueblos de América Latina – Nuestra

que evidente⁴⁰. De ello hablaremos con más detenimiento en otras partes del trabajo.

2. La fuerza organizadora de la Norma Fundamental

Entonces, como señaláramos líneas arriba, los derechos fundamentales son tales porque se encuentran en una Constitución. Por ello, a continuación, debemos entender lo que significa realmente el texto principal del Ordenamiento⁴¹, pues de ello depende el verdadero sentido que se le puedan dar a los derechos fundamentales.

2.1. La Constitución de la post-guerra

El sentido que actualmente han asumido los derechos parte de lo que un cambio de mentalidad trajo consigo. Las experiencias nefastas de muchos países antes y durante la Segunda Guerra Mundial -quizás el principal ejemplo de ello puede ser la Alemania de Hitler- influyeron en la dotación de una oportuna y adecuada firmeza a los Textos Constitucionales.

2.1.1. La confluencia de lo político y lo jurídico

Palabra: una palabra de fe, esperanza, caridad. Tercera Parte, Capítulo IV: Acción de la Iglesia por la persona en la sociedad nacional e internacional].

⁴⁰ Aparte de nuestro país, existen otros casos paradigmáticos: Paraguay, con grandes problemas de legitimidad de sus gobernantes, Ecuador, tras el golpe de Estado a Mahuad, Venezuela, que con el ingreso de Chávez se ha desvanecido -y parece por un buen tiempo- la institucionalidad democrática, y, ni qué hablar de Cuba, con varios años de dictadura militar con Castro a la cabeza.

⁴¹ Para lograr nuestro cometido debemos recurrir, entonces, a la Teoría de la Constitución, entendida como conjunto de principios jurídico-políticos que deben presentarse en toda Norma Fundamental, los cuales varían según se apliquen en cada sistema constitucional y permiten diferenciar un sistema de otro [PÉREZ LÓPEZ, Miguel. Ubicación y definición de la interpretación

Un primer acercamiento al significado real -y cambiante por cierto- de la Constitución, será a partir de su concepción como norma fundamentadora de todo el Sistema Jurídico⁴² 'y' su cometido como guía primordial del Ordenamiento (en un sentido básicamente político)⁴³; debe entenderse este 'y' en un sentido de confluencia de direcciones y acepciones⁴⁴.

De ello se desprende que la construcción constitucional proclama una dualidad jurídico-política de la norma suprema, a guisa de advertir cómo la realidad de un país condiciona la vigencia constitucional, en una interacción constante de sociedad y ley, que es importante descubrir y manejar con acierto de modo permanente; mientras la realidad se encuentra en constante evolución, la normatividad envejece con el paso del tiempo. Este binomio de acción plantea que la Constitución aparte de tener un ámbito normativo, posea uno meramente político.

constitucional. En: Alegatos. Órgano de difusión del departamento de Derecho, División de Ciencias Sociales y Humanidades. México, n° 24 (may. – ago. 1993). p. 139].

⁴² Dentro del estructuralismo, para KELSEN, dentro de su famosa pirámide normativa, la Constitución no es más que una norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto; este orden jurídico se analiza desde el punto de una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos [*Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit.* (versión en castellano: Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho). Lima: Temas, 1989. 18ª ed. p. 147]. También se acogen a este planteamiento, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. Los fundamentos constitucionales del Estado. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Estudio, Jurisprudencia, Crítica de Libros y Reseña Bibliográfica. Madrid, año 18, n° 52 (ene. – abr. 1998). p. 20; Juan MORALES GODÓ. Democracia, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del ser humano. En: Scribas. Revista de Derecho editada por estudiantes y egresados de las Facultades de Derecho de Arequipa. Arequipa, año II, n° 3 (1997). Op. cit. p. 251; Samuel ABAD YUPANQUI. Introducción a la Interpretación Constitucional – Discurso (III Curso Internacional Mujer y Derechos Humanos). Lima: Inédito, 1997. p. 01.

⁴³ Dentro del funcionalismo, ROMANO incorporó la fuerza de los hechos sociales traducida en instituciones; logrando realizar un análisis según su cometido [cit. por Teresa FREIXES SANJUÁN. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Op. cit. p. 06].

⁴⁴ Recién con LUHMANN se empezó a conjugar el estructuralismo y el funcionalismo, antes consideradas en dicotomía. En este esquema, la Constitución debe observarse a continuación como la norma suprema del Estado, con una función predeterminada de sustento de los derechos fundamentales [cit. por FREIXES SANJUÁN. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. pp. 06 y 07].

Retomando el sentido prescriptivo de la Constitución, BARROSO nos dice que ésta es "*um conjunto de normas juspostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuran um núcleo irreducível, condicionante da inteligência de qualquer de sus partes*" [*Interpreção e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.* Sao Paulo: Saraiva, 1998. 2ª ed. p. 182; en idéntica línea, Carla PEGORARI RODRÍGUEZ. La Interpretación Constitucional. Tesis (bachiller). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 1988. p. 19].

Para conectar correctamente realidad y norma es fundamental un sentido compacto de lo que la Constitución significa. Rescatemos, en este punto, la teoría institucional: una Constitución democrática ya no podrá pensarse “como centro del que todo derivaba como irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger”⁴⁵.

El ámbito político de la Constitución, relacionada con el alto grado de consenso requerido entre las distintas fuerzas políticas y sociales de un país para aprobarla, intenta asimismo limitar el poder público para comprometerse con la vigencia de los derechos fundamentales.

El intérprete no debe olvidarse de que toda Constitución refleja un acuerdo político determinado y duradero⁴⁶, es decir, una fórmula de expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social⁴⁷ y en un particular momento histórico rodeado de singulares características que, debido a la dinámica comunitaria, pueden variar, aunque la idea es que el acuerdo sea duradero.

Todo esto deriva en considerar a la Constitución como el marco general de convivencia del Estado, por lo que debe ser lo suficientemente flexible para que permitir las distintas posibilidades políticas dentro de los principios democráticos, o como diría Dworkin, debe presentarse como un complejo de principios (políticos

⁴⁵ Tal como lo ha precisado Gustavo ZAGREBELSKY. *Il Diritto mitte. Logge diritti giustizia* (versión en castellano: El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia). Madrid: Trotta, 1995. p. 14.

En fin, no se puede considerar otra Constitución que no sea la democrática (lo demás será un simple despotismo de apariencia constitucional) [HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. El principio democrático como límite de la jurisdicción constitucional. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie. México, año XXX, n° 88 (ene. – abr. 1997). p. 226].

⁴⁶ Orientación doctrinal de Pedro DE VEGA. La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Madrid: Tecnos, 1985. p. 56 y Carl SCHMITT. *Vrefassungslere* (versión en castellano: Teoría de la Constitución). Madrid: Alianza Editorial. 1ª ed., 1ª reimpr. pp. 80 y ss.; recogida por los nacionales: Aníbal QUIROGA. La interpretación constitucional. En: Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, n° 39 (dic. 1985), pp. 324 y 325; Luis Alberto HUERTA GUERRERO. Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales. En: Lecturas sobre Temas Constitucionales. Lima, n° 13 (1997). pp. 24 y 25.

y en forma de directrices) que justifique el esquema de gobierno, siendo enriquecida con la filosofía política y detalles institucionales⁴⁸. Esta nueva concepción de la Constitución debe tomarse en el sentido de 'política arquitectónica', según términos de Sagüés, al redefinir la Constitución como instrumento de gobierno, al efectivizarla, al graduar las competencias del Estado y armonizarlas con los particulares y al darse respuestas jurídicas sistemáticas (que flexibilicen el régimen programado por la Constitución y lo tornen exitoso)⁴⁹.

2.1.2. Su exigibilidad directa

Otro aspecto que ha singularizado a esta Constitución es la toma de conciencia progresiva de la exigibilidad directa de ella por parte de los ciudadanos. Este tema ha sido materia de interminable discusión, sobre todo en relación con los supuestos de la concretización de los derechos por parte del legislador.

Por tal razón, se ha planteado que el Texto Constitucional no puede ser observado como una norma programática, al aplicarse todos sus preceptos directamente y al estar todos los poderes públicos y los particulares vinculados a una efectividad inmediata⁵⁰. La Constitución constituirá, en este sentido, el supuesto esencial de la unidad del Ordenamiento, la 'fuente directa' de los derechos.

Esta exigibilidad -nos referimos a la directa- se presenta a partir de dos procesos sucesivos⁵¹: el primero se realiza al legitimarse la Constitución como norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos; el segundo, cuando los derechos públicos subjetivos del Estado Liberal se transforman, en el Estado

⁴⁷ Pues, como indica CICERÓN, "la salvación del pueblo sea la Ley Suprema" ("*salus populi suprema lex esto*") [De legibus, III, 3].

⁴⁸ Los derechos en serio. Op. cit. p. 179.

⁴⁹ La interpretación constitucional, instrumento y límite del juez constitucional. En: Anuario de Derecho Constitucional. Medellín (año 1996). p. 36.

⁵⁰ Algunos reparos sobre la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales son realizados por Juan Carlos GAVARA DE CARA. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. p. 106.

⁵¹ LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. p. 340 y 341.

Social de Derecho, en verdaderos derechos fundamentales incorporando valores, principios y derechos socio-económicos.

Este rango de obligatoriedad directa de los derechos fundamentales deviene en sustancial para poder construirse un concepto de ‘Constitución dúctil’, en un sentido de integridad e integración colectiva que exige actitudes moderadas, pero positivas y constructivas⁵².

Además, la propia Constitución peruana se autoproclama como de realización espontánea sin que medie una ley que desarrolle el contenido de los derechos trabajados. No por ello quisiéramos señalar que es desechable la idea de una ley que esclarezca y exponga los supuestos de hecho de cada derecho, es más un desarrollo legislativo sería realmente interesante en el caso del honor, la vida privada, la información o la expresión.

Según el artículo 38 de la Constitución, los peruanos tenemos “el deber de [...] respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”. Este artículo que se encuentra propuesto dentro del Capítulo III, De los Derechos Políticos y de los Deberes, del Título I, De la Persona y de la Sociedad, no señala que el cumplimiento de los derechos fundamentales esté sujeto a norma alguna de desarrollo sino por el contrario impone un deber fundamental para con la Constitución.

2.1.3. El dinamismo constitucional

Una visión global de la Constitución deriva en que ésta sea considerada, no como algo estático, sino como algo ágil y eficaz (vivo, cambiante y mutable)⁵³. La

⁵² Tal como lo subraya ZAGREBELSKY, el nuevo sentido de la Norma Fundamental debe encontrarse en “una mayor plenitud que no debe mantenerse con la actitud resignada de quien se pliega a una necesidad en espera de tiempos mejores para restaurar una concepción constitucional simplificada” [El derecho dúctil. Op. cit. p. 15].

⁵³ En este sentido, Néstor Pedro SAGÚÉS. La interpretación de la Constitución. Poder Judicial versus Poder Constituyente. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Lima, n° 7 (1996). p. 125.

Constitución, por lo tanto, va a reformularse o reescribirse en cada momento según el comportamiento de los operadores y las reacciones sociales frente a él; nada de esto implica, necesariamente, un cambio de Constitución. A partir de este planteamiento, se debe presentar la doctrina de la *Living Constitution* ('Constitución viva' del interpretativismo norteamericano), en contraposición a una posición rígida como es la Constitución Estatua ('teoría austríaca de la petrificación', *versteinerungstheorie*).

A través de ella, el intérprete -sobre todo, el judicial- adquiere la calidad de 'activista', realizando por ello un trabajo más arduo de construcción jurídica, poniendo al día el significado de las palabras de la Constitución, averiguando los requerimientos sociales existentes, ensamblando y compensando los valores en juego, inquiriendo sobre las consecuencias de la decisión a adoptar, y finalmente, diseñando su producto interpretativo, en función del problema a decidir. Se deberá realizar, entonces, una *interpretatio largo sensu*.

Pero, a pesar del dinamismo interpretativo⁵⁴, la actividad deberá ser realizada con lealtad constitucional, deviniendo en esencial tomar en cuenta, dentro del proceso, la voluntad del constituyente⁵⁵. Además, el intérprete judicial debe asumir su calidad de 'poder constituido', actuando bajo el principio de supremacía constitucional (en ambos sentidos del principio: como supremacía normativa y como supremacía ideológica); su actividad podrá ser controlada, pues, tanto por el Tribunal Constitucional, como por la opinión pública y los medios de comunicación social.

⁵⁴ Propuesta por Konrad HESSE. Escritos de Derecho Constitucional (selección). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 112 (con la Constitución se alcanza "la realización de un orden vivo, formador y conformador de la realidad histórica, pudiendo cumplir su función en la vida de la comunidad"); Néstor Pedro SAGÚÉS. La interpretación constitucional, instrumento y límite del juez constitucional. Op. cit. pp. 27 y ss.; Samuel ABAD YUPANQUI. Introducción a la Interpretación Constitucional. Op. cit. p. 2.

⁵⁵ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. La interpretación constitucional como problema. En: Anuario de Derecho Constitucional. Medellín (año 1996). p. 69.

Para Hernández Valle, la *Living Constitution* “sólo es posible entenderla como actualización jurídica del texto constitucional conforme a las coordenadas tiempo y espacio, no como la modificación de sus contenidos materiales”⁵⁶. En un extremo similar, señala Alonso García que aparte del entendimiento constitucional por parte de los operadores del Derecho, “la vivencia y aplicación de la Constitución por otros órganos estatales, los grupos sociales e incluso los ciudadanos, porque este entendimiento de los preceptos constitucionales por todos y cada uno de los ciudadanos (no sólo los juristas) es el que va a determinar la vivencia real de la norma fundamental”⁵⁷. En efecto, según lo vislumbra Lucas Verdú, este dinamismo ha de depender “de las fuerzas políticas, de la educación cívica, del sentimiento constitucional, de la adhesión, desilusión o desvío del pueblo respecto a la clase política, de la crisis social, política y económica y de tantos elementos sociales que pueden reducirse enteramente a magnitudes normativas e institucionales manejadas por el método y sistema técnico-jurídico”⁵⁸.

En conclusión, la Constitución debe ser considerada como la norma principal del Estado, cuyo contenido además de jurídico, es político, y que envuelve en su seno determinadas opciones valorativas o axiológicas y que se autoproclama como conjunto articulador de todo el Ordenamiento Jurídico.

2.2. Una novedosa percepción de la Constitución

Para que toda la amalgama estructural de la Constitución se presente y entienda de manera adecuada y poder explicar mejor el sentido de los derechos fundamentales, es ineluctable recurrir a la Interpretación Constitucional.

La actividad de la Interpretación Constitucional puede ser realizada desde dos perspectivas. Y es que la Interpretación de la Constitución y la Interpretación

⁵⁶ El principio democrático como límite de la jurisdicción constitucional. Op. cit. pp. 229 y 230.

⁵⁷ La interpretación de la Constitución, cit. por Miguel PÉREZ LÓPEZ. Ubicación y definición de la interpretación constitucional. Op. cit. p. 149.

⁵⁸ Curso de Derecho Político. Madrid: Tecnos, 1984. 3ª ed. t. IV, p. 125.

desde la Constitución pueden ser llamadas, indistintamente, Interpretación Constitucional, aunque para algunos ambas operaciones conducirían a un mismo resultado, siendo por lo tanto innecesaria su diferenciación. La Interpretación de la Constitución está ligada básicamente a los problemas internos de la Constitución (ámbito propio de los derechos fundamentales o las relaciones entre ellos). Frente a este tipo de interpretación, se encuentra la realizada desde la Constitución, la misma que se encuentra referida a la relación ley–Constitución, análisis que debe actuarse –lógicamente- a partir de la Norma Superior; en este caso, podremos examinar cuestiones como la constitucionalidad de las normas legales. Lo que estudiaremos a continuación está vinculado con la primera de estas interpretaciones por ser la que acapara nuestro interés.

2.2.1. Implicancias de interpretar la Constitución

Una respuesta a las actuales dificultades jurídicas debe ser confeccionada a través de un análisis coherente⁵⁹, el mismo que nos lleva a la Interpretación, la cual, al estar relacionada con el sentido actual de los derechos fundamentales, ha conseguido una importante independencia conceptual.

Cuando se interpreta, se intenta encontrar el sentido a algo que se incorpora a un lenguaje -el interpretado- a través de otro -el significado-⁶⁰: intentamos llegar a la connotación de lo denotado. Esto aplicado a la actividad jurídica, hace que por interpretación se pueda entender la posibilidad de determinar el alcance, sentido o valor de una norma, frente a las situaciones concretas a la que debe aplicarse⁶¹. Por ello se dice que toda interpretación se da en dos contextos: la explicación

⁵⁹ El mismo que debe ser realizado en tres niveles. El primero de éstos nos permite conocer las normas existentes en el Ordenamiento. Para ello nos sirve la 'Teoría de las Fuentes del Derecho', la misma que engloba legislación, jurisprudencia, doctrina, costumbres y declaración de voluntad, y por la cual descubriremos qué normas son aplicables a un caso concreto. En el siguiente nivel, sabremos lo que denotan las normas del Ordenamiento (esto gracias a la 'Teoría de las Normas Jurídicas'). Aquí se realizará un análisis lógico de supuesto–consecuencia. Pero este análisis deviene aún en insuficiente.

Para desentrañar el significado final de una norma se debe recurrir a la 'Teoría de la Interpretación', llegando con ello al tercer y último nivel. En este escalón debemos ubicarnos.

⁶⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Los sistemas de interpretación. En: *Ius et Praxis*. Lima, n° 13 (jun. 1989). p. 13.

⁶¹ MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. Bogotá: Temis, 1986. 7ª ed. p. 241.

Por su parte, DU PASQUIER expresa que la interpretación es la operación que consiste en determinar el sentido exacto de una regla jurídica [Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica. Lima: Librería Gil, 1944. p. 200].

(cómo se llega al resultado final) y la justificación (cómo el intérprete ha de argumentar su decisión). Esta interpretación jurídica aplicada a la rama constitucional -con el nuevo rol asignado a las Normas Supremas de hoy en día- es lo considerado como Interpretación Constitucional, la misma que ha alcanzado inusitada importancia⁶².

Previo a este proceso, la Constitución sólo era considerada como una norma más; se le ponía al texto legal como sustentáculo gracias al gran respeto para con éste y gracias a su claridad expositiva⁶³. Cuando se abandona todo ello y se toma conciencia de la función jurídico-política de la Constitución surge esta teoría, propia de la Interpretación Constitucional. Además, conjuntamente con ella, el respeto a los derechos fundamentales adquiere una cada vez más sólida respuesta social y jurisprudencial.

Pero, en sí, ¿qué implica la interpretación constitucional? Creemos que este tema nos lleva a descubrir el sentido adecuado de una norma de derecho fundamental, tomando en cuenta sus características política y jurídica, y sus dimensiones individuales y concomitantes.

Por ello, coincidimos con Hesse cuando señala que ésta significa encontrar un resultado constitucionalmente 'correcto' -y fundamentarlo- a través de un procedimiento racional y controlable, creando finalmente certeza y previsibilidad jurídicas⁶⁴. O es, como atentamente indica Pérez López, un "razonamiento que procura determinar el sentido normativo de un texto perteneciente a un

⁶² Para LANDA ARROYO, "la interpretación jurídica se ha convertido en un factor principal de movilización de la teoría constitucional y de la teoría del derecho, dinámica que ha llevado a la construcción de una propia teoría de la interpretación constitucional" [Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. p. 339].

⁶³ Así, para MONTESQUIEU, dentro de una celeberrima frase señalaba que cada juez era sólo "la boca que pronuncia la palabra de la ley" [El Espíritu de las Leyes, cit. por César LANDA ARROYO. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. p. 340].

⁶⁴ HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Op. cit. p. 37. Además, SAGUÉS considera que una actividad como ésta debe ser sistemática, armónica, equilibrada y útil [La Interpretación de la Constitución. Op. cit. p. 108].

documento solemne denominado Constitución [...], valorando los fines que se tratan de alcanzar con la aplicación de la misma”⁶⁵.

Además debemos considerar que su importancia es mayúscula puesto que “si la Constitución es norma suprema del Estado, en su interpretación está en juego tanto el destino de su principal documento jurídico, como también del proyecto político del que es portadora y en definitiva, de todo el Ordenamiento Jurídico del país”⁶⁶. La Interpretación Constitucional, por tanto, debe “mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de Derecho, pues las normas constitucionales constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico”⁶⁷.

Lo que debemos tener en cuenta es que los preceptos constitucionales permiten un amplio margen para la actuación del intérprete. Sin embargo, ello puede llevar al operador del Derecho a utilizar su discrecionalidad y realizar una interpretación a su medida. Por eso, en realidades donde ello es bastante probable, como en el Perú -y el resto de ordenamientos latinoamericanos-, adquieren mayor importancia los instrumentos especiales de protección de los derechos fundamentales como el Amparo.

2.2.2. Sugerencias complementarias

Varios intentos han aparecido en el Constitucionalismo Contemporáneo para tratar de interpretar correctamente la Norma Suprema. A continuación mostramos los tres principales, los cuales se mezclan entre sí.

2.2.2.1. La visión hermenéutica

⁶⁵ Ubicación y definición de la interpretación constitucional. Op. cit. p. 149.

⁶⁶ SAGÜES, Néstor Pedro. La interpretación de la Constitución. Op. cit. pp. 105 y ss.

⁶⁷ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 26.

Desde siempre, la Constitución ha intentado ser analizada de acuerdo a las concepciones imperantes en cada época. En una primera pretensión por rescatar el significado de las normas constitucionales, la postura hermenéutica buscó asimilarlas a la clásica doctrina de las normas jurídicas, considerándola como una de ellas. Ésta, sin embargo, ha devenido en fragmentaria dentro la actual visión de las Constituciones, aunque no por ello es incorrecta.

Este sistema interpretativo se encuentra relacionado con el conocimiento de lo normativo, y se realizará considerando a la Constitución, tal como lo hemos dicho, sólo en su ámbito jurídico⁶⁸, utilizando elementos interpretativos, los mismos que se autocomplementan. Estos son: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

Esta práctica interpretativa fue propuesta por Von Savigny, propulsor de la Escuela Histórica Alemana, basándose en cuatro componentes⁶⁹:

(a) Elemento gramatical

El primer elemento constituyente de la interpretación, según la Hermenéutica, es el gramatical, referido al 'lenguaje de las normas', al análisis del tenor externo de éstas. Se debe averiguar lo que la norma denota, apoyándose en las reglas lingüísticas, salvo que el texto analizado posea un significado jurídico específico y distinto al común, en cuyo caso habrá que averiguar cuál de los dos significados está utilizando la norma.

⁶⁸ Esta posición hermenéutica es, en parte, coincidente con el *Interpretativism*, creación jurisprudencial norteamericana, que nos deriva a dos modelos. El primero, el *Originalism*, señala que el sentido de la Constitución viene dado por quienes redactaron el texto constitucional. El otro, de la 'Construcción Jurídica', en su modalidad del *Document – bound interpretativism*, se basa en el *self restraint*, según el cual, los jueces deben autorrestringirse (interpretación literal).

⁶⁹ *System des heutigen Römischen Rechts* (versión en castellano, Sistema del Derecho Romano actual). Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1948. t. I, pp. 187 y ss.

El tema además ha sido desarrollado por Marco MONROY CABRA. Introducción al derecho. Op. cit. pp. 249 y 250; Claude DU PASQUIER. Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica. Op. cit. pp. 205 y ss.; César LANDA ARROYO. Tribunal Constitucional y Estado. Op. cit. pp. 342 y 343; Rolando TAMAYO Y SALMORÁN. Los sistemas de interpretación. Op. cit.

La Escuela Francesa de la Exégesis fue la primera en plantear este elemento literal, resaltando su preponderancia dentro de la interpretación. Sin embargo, dentro de la Interpretación Hermenéutica, éste es sólo un elemento más, ya que el significado se integra con el contexto y la situación, y no debe ser concebido de manera preeminente.

(b) Elemento lógico

Éste alude a la ‘descomposición del pensamiento’, a desentrañar la razón de ser intrínseca de la norma, relacionándosela con su *ratio legis*. Se deberá estudiar lo que se denomina la ‘economía general de la ley’, refiriéndose al plan que connota la norma. Asimismo, se puede entrañar el sentido lógico con un análisis a partir de considerar la actualización del pensamiento del legislador, ubicándonos en el contexto propio y presente del acto interpretativo.

(c) Elemento histórico

Si bien para algunos este elemento se encuentra relacionado sólo con la intención del legislador, va más allá e incluye el estado del derecho en el momento en que se dio la norma⁷⁰. Lo importante es reivindicar el cambio introducido.

Pero, como dijese Radbruch, “el verdadero autor no es el escritor muerto hace tiempo, sino el poeta o el pensador que vive eternamente en la obra y que se renueva sin cesar en vista de las nuevas condiciones de la vida social”⁷¹, retomándose de esta forma el sentido de la *Living Constitution*.

(d) Elemento sistemático

pp. 23 y ss.; Marcial RUBIO CORREA. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1993. 6ª ed. (corr. y aum.), 1993. pp. 258 y ss.; Luis Roberto BARROSO. *Interpreção e aplicação da Constituição*. Op. cit. pp. 117 y ss.

⁷⁰ Entonces, se debe respetar la *mens legis*, es decir, la voluntad del legislador.

⁷¹ Cit. por Marco Gerardo MONROY CABRA. Introducción al derecho. Op. cit. p. 245.

El último elemento es el sistemático, por el cual se debe revisar el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de Derecho en el seno de una vasta unidad. El derecho fundamental no se encuentra solo sino relacionado con normas similares a él y dentro de un contexto determinado.

La Hermenéutica ha sido objeto de innumerables críticas, relacionadas sobre todo con la falta de adecuación de la interpretación a las exigencias que demanda la Constitución de hoy, ya que ésta aparece como un Ordenamiento-marco, tal como ya lo hemos explicado. Se está considerando a la Constitución, y al Derecho en general, como un proceso pacífico, paulatino e imperceptible, y esta premisa, para nada, es correcta.

Para intentar salvar estos inconvenientes, aparecieron diversos intentos de renovación hermenéutica, basándose en una nueva concepción de la norma fundamental -con un carácter general-, en su finalidad normativa y en su trascendencia. Esta ambiciosa idea recogía los postulados vertidos respecto a la Constitución, considerándola como una totalidad histórica-dogmática⁷². Sin embargo, esta postura también fracasa quizás por no aportar un modelo reformado de Constitución sino una débil idea normativa algo más compleja que la clásica Interpretación Hermenéutica.

2.2.2.2. Los principios neutrales

La insuficiencia de la teoría estudiada nos lleva a una denominada de los principios neutrales, orientación interpretativa que reivindica el carácter

⁷² Se ha postulado que "la vigencia de la norma constitucional supone un orden material de derechos fundamentales y distribución de poder, a realizar por los poderes públicos, mediante la fijación de límites, *grenzfestlegung*, y la determinación de direcciones, *richtungsbestimmung*, pero controladas no políticamente, sino judicialmente por el Tribunal Constitucional"[LANDA ARROYO,

vinculatorio de la norma con la realidad constitucional, obligándose el intérprete a hacer su trabajo a partir de la situación concreta y encaminarla hacia la norma constitucional y no ir en sentido inverso. Con este proceder, se constituye pues en el sistema interpretativo que mejor responde a las exigencias actuales de la Norma Fundamental.

Esta corriente, dentro de un complejo proyecto institucionalista, conecta interpretación con concretización, *konkretisierung*, acto creativo por el cual el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; aunque, eso sí, la interpretación no podrá apartarse del propio texto. En esta concepción, un trabajo interpretativo conveniente y apropiado deberá relacionarse con un proceso ordenado, incluyendo en sí el uso de principios, aporte fundamental de este sistema interpretativo.

Los postulados de Hesse se centran en una interpretación elaborada en cuatro etapas, siendo la última la más novedosa⁷³:

(A) Precomprensión

Para realizar una correcta interpretación desde esta teoría, en un inicio se debe realizar una precomprensión, acto por el cual el intérprete concebirá el 'contenido de la norma'.

Éste debe realizarse a través de dos actos, separables únicamente en el campo académico. Primero, la norma deberá ser apreciada con ciertas expectativas iniciales, las mismas que convergerán en un proyecto, a ser corregido y revisado

César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. pp. 343 y 344, recogiendo los razonamientos de GEIGER. *Zur Lage Verfassungsgerichtsbarkeit*; y, BÖCKENFÖRDE. *Die Methode der Verfassungsinterpretation. Bestandaufnahme und Kritik*].

⁷³ Escritos de Derecho Constitucional. Op. cit. pp. 43 y ss.

Además, este tipo de interpretación también ha sido materia de diversos tratados como los de Luis Alberto HUERTA GUERRERO. *Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales*. Op. cit. pp. 40 y ss.; César LANDA ARROYO. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Op. cit. pp. 348 y 349; Elena ALVITES ALVITES y Eduardo DARGENT BOCANEGRA. *Aproximaciones a la interpretación constitucional*. Op. cit. pp. 116 y ss.; Aníbal QUIROGA. *La interpretación constitucional*. Op. cit. pp. 332 y ss.

hasta llegar a un mejor acercamiento hacia ella (sólo nos interesa un acercamiento a la norma desde el punto de vista del intérprete). Luego, la norma debe ser percibida respecto a un problema específico.

(B) Los *topoi*

Luego de completada la precomprensión, el intérprete deberá analizar los diversos puntos de vista -*topoi*- que están en juego, utilizándose únicamente los relevantes para el caso concreto, empezando así la operación principal de concretización.

En este punto nos parece importante reflexionar acerca de una particular teoría de interpretación constitucional -la tópica-, según la cual las normas constitucionales dado su carácter complejo y heterogéneo, son concebidas como puntos de vista de interpretación antes que como normas de mandamientos obligatorias⁷⁴.

(C) Programa y ámbito normativo

Después de analizar los *topoi*, ingresaremos a analizar el 'programa normativo', el mismo que se halla contenido en el 'texto de la norma a concretar' (en éste deben analizarse la norma desde los métodos de la interpretación tradicional). Pero al reconocerse la realidad social contenida en la Constitución, se buscará en el 'ámbito normativo' aprehender dicha realidad en la interpretación. Con ello se logrará una coordinación objetiva de las respectivas relaciones o ámbitos vitales.

En esta parte se recogen los postulados de la 'teoría normativa' de los derechos fundamentales, propuesta por Müller⁷⁵, y revisada *supra*.

(D) Principios interpretativos

⁷⁴ LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op cit. pp. 345 y ss.

⁷⁵ Cit. por Juan Carlos GAVARA DE CARA. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. pp. 107 y ss.

Dentro de este esquema deberá utilizarse, quizás, la principal innovación de este sistema interpretativo, es decir, los principios neutrales. Éstos son los que deben encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista y consideraciones que nos llevan a la solución del problema, orientando el programa y el ámbito normativo. Los principios a tomarse en consideración son cinco.

(a) Unidad de la Constitución

Por este primer principio, la Constitución debe ser entendida de modo integral y no en partes. El sistema de los derechos fundamentales es un conjunto dentro del cual éstos participan de una idea única, de un molde general.

(b) Concordancia Práctica

La unidad nos remite a una necesidad de coherencia -falta de contradicciones-, por la cual los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser compatibilizados en la solución de los problemas interpretativos, de manera que cada uno conserve su identidad y tenga efectividad, al mismo tiempo.

(c) Eficacia Integradora

Surge de considerar a la Constitución como norma política, buscando robustecer el primer principio. El fortalecimiento de cada uno de los derechos recogidos debe realizarse con métodos estrictamente constitucionales, si no, se estaría rebasando los límites de lo interpretativo.

(d) Corrección Funcional

Por este principio se debe respetar el marco de funciones estatales consagradas por la Norma Suprema. El intérprete, en consecuencia, no afectará la distribución de funciones a través del modo y resultado de su actuación.

(e) Efectividad de la Constitución

Este último principio, basado en la fuerza normativa de la Constitución, hace referencia a que el intérprete debe encauzar una actividad hacia aquellas opciones que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales sin distorsionar su contenido y actualizándolas ante los cambios de la realidad.

Con la Teoría de los Principios Neutrales -y considerando el carácter particular de la Constitución- se tendrá mayores posibilidades de un resultado coherente y satisfactorio. Sin embargo, esto no quiere afirmar la infalibilidad de esta posición⁷⁶. En primer lugar, no queda claro cuáles son los límites que tendría en su actuación el órgano u organismo dedicado al control constitucional, crítica que comparte con su base: la teoría institucional. Además, no se explica la eficacia normativa de las decisiones de dicha entidad sobre el resto que poseen actividad jurisdiccional -léase, tribunal ordinario-. Por último, tampoco se satisface la explicación acerca de la debida correspondencia entre el texto constitucional y los cambiantes valores sociales.

2.2.2.3. El aporte social

Tal como podemos ver, el planteamiento anterior puede ser revitalizado. Para ello, acudiremos a concepciones sociales. Y es que quizás el aspecto en que más decae la interpretación según principios neutrales es el de su acercamiento a la realidad. Esta aproximación aparece como relevante puesto que la Constitución se sostiene, en gran medida, en el desarrollo dinámico de la comunidad. Esta

⁷⁶ Con respecto a lo incompleto de esta teoría, LANDA ARROYO recoge las posiciones al respecto de FERRERES y KLEIN [Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. p. 350].

corriente interpretativa sienta sus bases sobre el campo de las ciencias sociales⁷⁷, en la cual se plantea una interpretación al amparo de los intereses del público.

Este ‘uso alternativo del Derecho’ tiene la virtud de haber reafirmado la dimensión práctica de la interpretación, desde un plano social, evidentemente⁷⁸.

Entonces, una debida adecuación entre sociedad y Derecho ayudará directamente al esclarecimiento de ‘qué quiere decir’ la norma. Y así, podemos aseverar, al igual que Bidart Campos, que la esencia y existencia de un derecho fundamental no dependen exclusivamente de la norma jurídica que positivamente lo declara como tal; ponerla en el orden normológico del mundo jurídico no engendra siempre de por sí un derecho, quizás porque la vigencia social resulta inoperante. Viceversa sucede cuando es viable admitir la existencia de un derecho y éste es negado en el mundo jurídico. En suma, un derecho fundamental no sólo debe tener una vigencia positiva, sino sobre todo una en el campo real (un ‘deber-ser-ideal’ del valor justicia)⁷⁹.

El principal problema de este sistema interpretativo se presenta con el poder otorgado al juez y no a la Constitución para garantizar la adecuada tutela de los derechos fundamentales, aspecto que no otorga seguridad jurídica a los ciudadanos.

Pero pese a estos inconvenientes, el uso de la realidad social para encauzar la interpretación constitucional nos parece correcto, máxime en colectividades como

⁷⁷ Se debe recurrir al campo social, en vista que detrás de toda norma se encuentra una voluntad, un poder social que la encamina. Así vista esta postura, se le puede relacionar en cierto sentido al *Non interpretativism* anglosajón, modelo por el cual se propone usar las fuentes extraconstitucionales para encontrar el significado real de las normas.

⁷⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Op. cit. pp. 265 y ss.; LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. pp. 350 y 351.

⁷⁹ La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional. Buenos Aires: Ediar, 1987. p. 283. Cabe decir que el derecho positivo priva de vigencia sociológica a lo que, desde la perspectiva del valor justicia, debería ser reconocido como derecho subjetivo (los que son realmente derechos en sentido ontológico desde la perspectiva de la filosofía de los valores, pueden carecer de vigencia sociológica en el derecho positivo y lucen palpablemente demostrado en los Estados totalitarios, donde la persona humana queda situada dentro de un determinado orden jurídico-político desprovista de los mismos derechos).

la nuestra, en donde la pluriétnica y pluriculturalidad son más que palpables. La guía que nos podrá brindar, en muchos casos, puede resultar trascendental, y se verá sustentada en normas que reconocen nuestra diversidad social.

La Constitución Política de 1993 parte de un postulado general como el expresado en el artículo 2.19, por el cual “[t]oda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural”, exigiéndose al Estado un respeto hacia él, al reconocer y proteger la diversidad dentro de la nación.

Además, se ha reafirmado esta realidad en casos específicos, como cuando se expresa que “[e]l Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas” (artículo 89 *in fine*).

Este sentido global que hemos podido darle a la Constitución, nos será de una gran utilidad para poder comprender el significado real de los derechos fundamentales.

3. El renovado sentido de los derechos fundamentales

Ya captado el marco en el que se desarrollan los derechos fundamentales -las teorías constitucionales y la Norma Fundamental-, ahora analicemos el sentido correcto que ellos poseen en el Constitucionalismo Contemporáneo.

3.1. La conceptualización actual

Cuando hacemos mención a ‘derechos fundamentales’ debemos tener muy claro a qué nos estamos refiriendo con este término, sobre todo en el mundo de hoy, tan

cambiante como complejo. Su concepción no es tan sencilla como puede parecer. Incluye en sí una diversidad de aspectos que someramente pasamos a explicar.

3.1.1. El problema reduccionista

Ante todo, ¿a qué nos referimos cuando hacemos mención a derechos fundamentales? La respuesta es bastante complicada y delicada. Sin embargo, de manera inicial y genérica, podría decirse que son aquellos derechos humanos garantizados por el Ordenamiento positivo, dentro de una normatividad constitucional y que gozan de una sólida y preeminente protección.

Contribuyendo a este concepto, se debe añadir que estos derechos son portadores de la coexistencia de ideologías heterogéneas⁸⁰, se encuentran garantizados dentro de las normas nacionales y limitados témporo–espacialmente⁸¹.

En estricto, entender los derechos fundamentales es reconocer las “facultades referentes a ámbitos vitales del individuo en su propia libertad, relaciones sociales o participación política, imprescindibles para su desarrollo como persona y derivados de su propia dignidad de tal”⁸² y que son “por naturaleza históricos, y en consecuencia sen encuentran en constante desarrollo y progreso”⁸³. En substancia, los derechos fundamentales permiten la convergencia de lo ideal y lo

⁸⁰ Según PÉREZ LUÑO para haberse llegado a la concepción actual de los derechos fundamentales han debido confluir, de un lado, una tradición filosófica humanista, representada por el iusnaturalismo de base democrática, con técnicas de positivación y sólida protección de los derechos constitucionales (plasmándose este encuentro en el Estado de Derecho) y, de otro, un punto de mediación y de interés entre las tradicionales libertades individuales y las florecientes necesidades económicas, culturales y sociales [Los derechos fundamentales. Op. cit. p. 43].

⁸¹ Tal como lo plantea María del Pilar HERNÁNDEZ MARTÍNEZ. Constitución y Derechos Fundamentales. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie. México, año XXVIII, n  84 (set. – dic. 1995). p. 1042. Además, LANDA ARROYO agrega que cada conjunto de derechos “es producto del estado de conciencia individual y colectivo de la comunidad en un momento determinado” [Límites constituciones de la ley de amnistía peruana. En: Pensamiento Constitucional. Lima, año III, n  3 (1996). p. 17].

⁸² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales. En: Revista de Estudios Políticos. Nueva  poca. Madrid, n  71 (ene. – mar. 1991). pp. 87 y 88.

⁸³ PRIORI POSADA, Giovanni Francesco. La tutela de los intereses difusos: Una aproximación desde el derecho procesal constitucional. En: Cibertextos. Revista electrónica. Lima, año 3, n  7 (jun. 1997). punto 03.

real: es una pretensión moral justificada, un subsistema dentro del Sistema Jurídico y una realidad social⁸⁴.

Empero pese a este intento de conceptualización, todo depende del 'cristal con que se mire'. La multiplicidad de teorías existentes nos plantea concepciones particulares acerca de lo que significan los derechos fundamentales, tal como lo revisamos *supra*. Sin embargo, estos planteamientos se encuentran considerados dentro algún esquema reduccionista, como arquetipos de fundamentación parcial, al no consolidar un concepto único y completo de derecho fundamental sino que utilizan determinados contenidos como instrumentos para erosionar otros sistemas de derechos.

Conjuntamente con estos reduccionismos parciales, se presentan unos totales, los cuales plantean una imposibilidad real de brindar una explicación razonable del sentido de los derechos fundamentales. Sin embargo, cualesquiera de estos reduccionismos serán superables gracias a una teorización adecuada de los derechos.

Consolidando esta idea de reduccionismo -sobre todo del total-, Bobbio sostiene que la dificultad de estos derechos se encuentra en su fundamentación, ya que la indeterminación es una de las características principales de los derechos fundamentales; no debemos fijarnos en su conceptualización, sino simplemente en su realización⁸⁵. Sin embargo, Robles plantea que la formulación del itálico sólo se circunscribe al problema práctico de los derechos fundamentales, puesto que el problema teórico de los mismos no es el de su realización, sino el de su

⁸⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales (I. Teoría General). Madrid: Eudema, 1991. p. 95.

⁸⁵ Algunos argumentos contra el Derecho Natural. En: KELSEN, Hans y otros. Crítica al Derecho Natural. Madrid: Taurus, 1966. p. 237; en un sentido similar, Eduardo HERNANDO NIETO. ¿Existen los derechos naturales? En: Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, n° 49 (dic. 1995). p. 341.

fundamentación: es absurdo defender valores y no saber por qué (estos derechos son delimitados y para llevarlos a la práctica hay que tener las ideas claras)⁸⁶.

Como podemos percibir, cualquier tipo de argumentación acerca del concepto de los derechos fundamentales parece estar incluida dentro de algún reduccionismo parcial. Y ésta es quizás la principal dificultad de trabajar con una sola de las Teorías de los Derechos Fundamentales; *ergo*, preferimos utilizar planteamientos genéricos acerca de lo que significan estos derechos.

A lo largo del presente capítulo y del que viene, buscaremos completar un concepto real, que no nos lleve a la relativización de la idea, sino que nos haga partícipes de sus principales aspectos. Una teoría plenamente adecuada aparecería, entonces, como una óptima solución para una correcta fundamentación de los derechos. Así, estaremos reformulando un planteamiento según la teoría integrativa.

Para Peces-Barba Martínez, las negaciones a los derechos fundamentales hacen inferir la presentación de un modelo integral de derechos fundamentales que rechace los reduccionismos, por lo que “supone aceptar una moralidad de la libertad y de la igualdad que se va formando en la historia del mundo moderno, con aportaciones liberales, democráticas y socialistas, que se pueden ordenar en un modelo racional, aunque partiendo de su ineludible dimensión histórica⁸⁷. Entonces, para encontrar el sentido correcto a estos derechos, debemos examinar el contexto en el que estos se desenvuelven: léase las “diversas concepciones jurídicas del Estado, sociedad, economía y naturaleza” y así poder enfrentar con éxito a la teoría y a la *praxis* de manera integral⁸⁸.

En conclusión, la teoría jurídica general de los derechos fundamentales es un ideal teórico que apunta hacia una ‘teoría integrativa’, la cual abarcará “de la manera

⁸⁶ Los derechos fundamentales y la ética de la sociedad. Madrid: Civitas, 1992. p. 11.

⁸⁷ Curso de Derechos Fundamentales. Op. cit. pp. 35 y ss.

⁸⁸ LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. p. 339.

más amplia posible, los enunciados generales verdaderos o correctos” respecto a estos derechos y sus dimensiones⁸⁹.

3.1.2. El carácter de superrefuerzo

Una clave para el éxito de cualquier trabajo es evitar la confusión de la nomenclatura a usar. Es por eso que pese a haber avanzado quizás más de lo conveniente, se presenta todavía cierta desorientación conceptual acerca de los términos de ‘derechos humanos’ y ‘derechos constitucionales’, en contraposición de los ‘derechos fundamentales’, y es nuestro objetivo presentar una idea clara sobre ellos.

A grandes rasgos, aseveraremos que los ‘derechos humanos’ son los derechos naturales recogidos básicamente en declaraciones y convenciones internacionales -como las analizadas *supra*-, y relacionados con exigencias cardinales de la sociedad; este conjunto de principios de aceptación universal busca asegurar el respeto de la calidad de ser humano de toda persona⁹⁰. Por otro lado, los ‘derechos constitucionales’ son todo tipo de normas plasmadas a lo largo de la Norma Suprema.

La confluencia de ambos conceptos da origen a los derechos fundamentales⁹¹. Aquellos derechos que, al momento de elaborar la Constitución, se creen

⁸⁹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 35; en la misma línea, Juan Carlos GAVARA DE CARA. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. p. 75; Tulio Eli CHINCHILLA HERRERA. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? En: Estudios de Derecho. Segunda Época. Medellín, año LIX, v. LVI, n° 127 (mar. 1997). p. 41.

⁹⁰ Para PÉREZ LUÑO, los derechos humanos se aplica para toda persona, por el hecho de serlo, mientras los derechos fundamentales solamente es para todo ciudadano de un país [Los derechos fundamentales. Op. cit. pp. 44 y 45]. Por ello, debe considerárseles “una categoría previa legitimadora e informadora de los derechos fundamentales” [CHINCHILLA HERRERA, Tulio Eli. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Op. cit. p. 43; en un sentido similar, Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Estudio Comparado (Argentina. Brasil. Colombia. Chile. Nicaragua. Perú). Santiago: Universidad Metropolitana de Ciencias de la Comunicación, 1997. p. 24].

⁹¹ Es muy claro al respecto HÄBERLE, para quien “[l]os ‘derechos fundamentales’ son hoy día el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales. Las dos formas de derechos fundamentales, no obstante

convenientes para la concepción del Estado a formarse y las bases ideológicas de éste, serán considerados por el constituyente (de manera explícita o implícita) como fundamentales, con un *plus* de protección que el resto de derechos constitucionales.

Vemos, pues, que los derechos fundamentales, a diferencia del resto de derechos constitucionales, poseen un carácter de superrefuerzo. Así, para que este planteamiento tenga una vigencia auténtica y efectiva es necesario que se den los resguardos indispensables para su protección. Recordemos, ahora, la teoría de las garantías procesales.

La garantía, tal como señala Gavara de Cara, es “el reflejo de la seguridad jurídica y el mecanismo teórico-jurídico para conseguir la efectividad de los derechos fundamentales”⁹². Refiriéndose a los derechos fundamentales, también se ha dicho que “[l]a efectiva vigencia y protección frente a cualquier tipo de amenaza o violación, obliga a los Estados a cumplir con su deber de garantizar los medios idóneos para salvaguardarlos”⁹³. Por ello, su fundamentalidad “define lo que está antes del Estado, lo prepositivo, lo que viene antes del derecho secundario, en resumen, lo ‘básico’”, dirá Häberle, quien agregará que “‘por naturaleza’, el hombre tiene determinados derechos, y, es precisamente el Estado constitucional, el que simultáneamente le garantiza estos derechos”⁹⁴. Entonces, un sólido resguardo de los derechos fundamentales ha de conseguirse necesariamente a través de una pluralidad de remedios⁹⁵. Hablaremos más de ello *infra*.

tengan intensidades distintas, son un componente necesario de la cultura del derecho de aquel ‘Estado constitucional’ que merezca esta denominación” [El concepto de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 94].

⁹² Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. p. 21.

Entonces, lo que debemos buscar también en estas garantías es su eficacia para la defensa de la totalidad de los derechos fundamentales y la legitimidad de las normas que las recojan [PULGARÍN CARDONA, Albeiro. Hermenéutica Constitucional ante el Estado de Derecho. Justificación y objetivo de la temática a tratar. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política. Caracas, n° 94 (1994), p. 175].

⁹³ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Protección de los Derechos Humanos. Op. cit. pp. 13 y 14.

⁹⁴ El concepto de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 96.

3.1.3. El cimiento de los derechos fundamentales

Esta fundamentalidad de los derechos nos deriva a su posición preferente dentro del Ordenamiento Jurídico, pues gozan de preeminencia como *norma normarum*. Para configurar esta posición, los derechos fundamentales requieren de dos aspectos del ámbito político: de una Constitución que los recoja, y de un Estado democrático en el cual se desarrollen. Como lo señaláramos, ahora los derechos no se encuentran ya relacionados directamente con la actividad estatal -como lo hemos visto anteriormente con las 'Teorías del Estado de los Derechos Fundamentales'-, sino que ésta coadyuva de gran manera a que el sistema de derechos fundamentales funcione.

3.1.3.1. El respeto por la Constitución

Tal como ya lo vimos, la Constitución aparece como el marco general en el cual se encuentran depositados los derechos fundamentales, por ello, su rendimiento como soporte de los mismos.

La premisa de que no podrá entenderse derechos fundamentales sin Constitución ni Constitución sin derechos fundamentales⁹⁵ es incuestionable. Dentro de ésta, los derechos fundamentales no sólo tutelan a un individuo (se sacude así del liberalismo), sino que protegen abstractamente a una entera generación futura, a personas entendidas como una unidad todavía indiferenciada⁹⁷.

⁹⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. Una introducción a la garantía de los derechos fundamentales: la pluralidad de fórmulas. En: GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y Manuel CLAVEO ARÉVALO (dir.). El derecho público de finales de siglo: Una perspectiva Iberoamericana. Madrid: Civitas, 1997. p. 636.

⁹⁶ Y es que "si bien es verdad que los derechos fundamentales lo son por estar reconocidos en la Constitución, también lo es que la Constitución los recoge, precisamente, por tratarse del reflejo jurídico de los valores éticos de libertad y dignidad básicos en la sociedad democrática" [PÉREZ TREMPES, Pablo. Criterios de interpretación de los derechos fundamentales - Discurso. Arequipa: Inédito, 1999. p. 02].

En este sentido, la relación entre ambos es más que importante. Así, los derechos fundamentales cumplen diversas funciones respecto de la Constitución, tales como participar de la creación del Estado, posibilitar la realización de ellos mismos (deciden básicamente si los principios estructurales de la Constitución adquieren realidad y efectividad en el proceso político) y ser los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural, del sentido de una vida estatal⁹⁸. Los derechos responden, entonces, a determinados cometidos, los mismos que también se encuentran desarrollados en la Constitución. Los contactos que existen entre los derechos deben ser resueltos, por ende, tomando en consideración el carácter que posee la Norma Fundamental.

Dentro de este esquema, la Constitución no sólo debe ser considerada como una simple norma sino como un complejo normativo, por lo que será interpretada en su conjunto, coordinándose unas normas con otras para que formen parte de un plexo enlazado (por lo que requerirá, luego, de: unidad, plenitud y coherencia), irradiando su proyección a todos los sectores del mundo jurídico y exhibiendo la nota de que los derechos que contiene suelen tener la suficiente generalidad y apertura como para habilitar opciones y realizaciones múltiples⁹⁹.

3.1.3.2. La vigencia del Estado de Derecho

Por su parte, el Estado de Derecho -o 'Estado democrático de derecho', como señala la Constitución en su artículo 3- es el ámbito fáctico en el cual van a poder cumplirse, vulnerarse o anularse los derechos fundamentales. Representa la posibilidad real en que éstos pueden concretarse.

⁹⁷ HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. p. 298.

⁹⁸ Sobre la funcionalidad de los derechos fundamentales en la Constitución, María del Pilar HERNÁNDEZ MARTINEZ. Constitución y Derechos Fundamentales. Op. cit. pp. 1048 y 1049; Teresa FREIXES SANJUÁN. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Op. cit. p. 02; Miguel Ángel CASTILLO SOBERANES. El principio de supremacía constitucional frente a la administración pública. En: Jurídica. México, n° 24 (1995-I). p. 163; Elena ALVITES ALVITES y Eduardo DARGENT BOCANEGRA. Aproximaciones a la interpretación constitucional. Op. cit. p. 115.

En pocas palabras, “los derechos fundamentales son un elemento estructural del Estado de Derecho de manera que difícilmente pueden concebirse ambos como realidades separadas”¹⁰⁰. Entonces, para una correcta interpretación de los derechos fundamentales, esencialmente la realizada por los órganos judiciales y el aparato legislativo, se demanda la existencia de un pleno Estado democrático, de uno en el que prime el respeto por las normas que lo cimentan.

Es importante también reconocer que en el Constitucionalismo Contemporáneo, Estado y Constitución entran en un proceso de convergencia de rendimientos e intereses. Por eso actualmente concebimos a -y estamos frente a- un Estado Constitucional, propio de la vida civilizada y democrática.

Pero, ¿cómo es este Estado Constitucional? Es un Ordenamiento que debe caracterizarse por la efectiva separación de funciones entre los órganos del Estado que detentan una fracción de su poder y por el reconocimiento y vigencia de los derechos fundamentales¹⁰¹, existiendo una clara interdependencia con estos últimos, pues del tipo de Estado dependen el alcance y significado que en ellos se asigne a los derechos fundamentales, aunque “no huelga recordar que el pluralismo propio de los Estados de Derecho y la tolerancia que inspiró la formación de los derechos no permiten que se afirme una única y omnicompreensiva doctrina filosófica o moral como fundamento de las instituciones jurídicas y políticas”¹⁰². En fin, este Estado nos lleva indefectiblemente a la

⁹⁹ BIDART CAMPOS, Germán. La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional. Op. cit. pp. 207 y 208.

¹⁰⁰ PÉREZ TREMPES, Pablo. Los derechos fundamentales. En: LÓPEZ GUERRA, Luis y otros. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos (Derecho Constitucional: I). Valencia: Tirant lo Blanch, 1991. p. 105; en un sentido similar, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. Los derechos fundamentales. Op. cit. p. 19; Nicolás DE PIÉROLA BALTA. Los derechos humanos y las libertades fundamentales como prerequisite para la democracia. En: *Ius et Praxis*. Lima, n° 18 (dic. 1991). p. 85; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. Los fundamentos constitucionales del Estado. Op. cit. p. 27; Peter HÄBERLE. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. p. 71.

¹⁰¹ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales. Op. cit. pp. 23 y 24; posición que coincide con la propuesta por Enrique BERNALES BALLESTEROS y Marcial RUBIO CORREA. *Constitución y Sociedad Política*. Lima: Mesa Redonda, 1988. 3ª ed. p. 22.

¹⁰² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos humanos y Constitucionalismo en la actualidad. Op. cit. p. 45.

Para BIDART CAMPOS, el Estado es una estructura organizativa que integra en sí seres humanos que conviven en él, el poder como capacidad política de que se dispone el Estado para cumplir su fin y el gobierno como grupo de operadores que en acción al poder [La inserción de la persona humana en el Estado Democrático. En: *Revista Tachirensis de Derecho*. San Cristóbal, n° 9 (ene. – dic. 1997). p. 66].

Constitución puesto que ésta “determina la necesidad de que existan los mecanismos adecuados para expulsar del ordenamiento cualquier norma que se oponga a lo señalado en la Constitución”¹⁰³.

Dentro de este esquema ampliamente relacionado con teorías como la institucional, la democrática -sobre todo, la del ‘análisis equilibrador’- y la social, los derechos fundamentales asumen dentro del Estado Constitucional, una diversidad de cometidos, a saber¹⁰⁴: satisfacer las exigencias previsiblemente mutables del hombre; circunscribir la relación ciudadano-comunidad política; ser el ‘contrapoder’ necesario a la democracia pluralista; hacer que el Estado parta de principios como el de dignidad humana; ser el punto de partida para que las personas formen parte de los procesos político, económico y cultural; variar en el espacio y en el tiempo en lo relativo a la distribución de roles en su desarrollo; y, expresar un carácter abierto que permita acceder a las nuevas urgencias sociales.

Entonces, el Estado de Derecho Constitucional debe reflejar en si mismo la efectividad y presencia real en la sociedad de la democracia, actuando ésta como principio legitimador de aquél.

No debemos sorprendernos, por ende, que un Estado que vulnera constantemente los principios democráticos en que se funda no puede ser considerado como un Estado de Derecho verdadero.

La democracia debe ser considerada, entonces, una disposición moral basada en principios¹⁰⁵ puesto que “una teoría moral de la democracia tendría que demostrar que es racional, apelar a la necesidad moral de cooperar no sólo en aquellos casos en los que el agente ganaría más haciéndolo, sino incluso en aquellos otros, que

¹⁰³ ALVITES ALVITES, Elena y Eduardo DARGENT BOCANEGRA. Aproximaciones a la interpretación constitucional. Op. cit. p. 109.

¹⁰⁴ HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. pp. 255 y ss.

¹⁰⁵ Revisemos algo acerca de los principios democráticos: Para lograr la verdadera inclusión del ser humano en un Estado es necesario el equilibrio entre la libertad, la igualdad y la solidaridad [BIDART CAMPOS, Germán. La inserción de la persona humana en el Estado Democrático. Op. cit. p. 70], esto como correlato de la existencia de una sociedad democrático-liberal (en lo político) y del capitalismo (en lo económico), que colaboran con un bien como es la libertad [GARCÍA SAN MIGUEL, Luis. Democracia y Derechos Humanos en la Sociedad Post-Industrial. En: Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época. Madrid, t. VII (1990). p. 213, en cierto modo recogiendo los postulados de DENNINGER y sus ‘bienes de democracia militante’],

pueden ser la mayoría, en los que tiene la percepción inmediata de los beneficios reales que su contribución altruista procura a ´otros´ concretos con los que se considera solidario”¹⁰⁶. Las dificultades reales de la democracia, sin embargo, no pueden impedir que se le considere como el sustento del Estado¹⁰⁷.

Al observar este marco, es preocupante ver cómo en el Perú de hoy, los derechos fundamentales se encuentran tan alicaídos y vulnerados. Si la vigencia de un pleno Estado de Derecho permite consolidar en cada ciudadano la idea de un auténtico respeto por sí mismo y la seguridad en la promoción y verdadera vigencia de sus derechos, nos daremos cuenta de lo que sucede hoy en el país.

Vivimos bajo la sombra de un gobierno en crisis democrática, lo cual hace difícil la efectividad real de determinados -por no decir, la mayoría de- derechos fundamentales. Así, no se escapa de las críticas que se le hacen al resto de países de la región¹⁰⁸. Si bien durante muchos años hemos vivido una gran recesión económica, sufrido las consecuencias de la violencia terrorista y experimentado un gran empobrecimiento social y personal, ello no es óbice para respirar los aires antidemocráticos que hoy existen.

conjuntamente con la democracia marxista, que colabora con bienes como la igualdad y la solidaridad [MORALES GODÓ, Juan. Democracia, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del ser humano. Op. cit. p. 253].

¹⁰⁶ GUTIERREZ, Gilberto. La trama moral de la democracia en la vida cotidiana. En: Anuario de Filosofía de Derecho. Nueva Época. Madrid, t. VII (1990). p. 25.

¹⁰⁷ Así, “[o]ur democracies could be threatened by unscrupulous governments using the power of the new information and communications technologies to snoop into peoples’ lives, to keep a detailed file on every citizen and to manipulate public information for their own purposes” [EUROPEAN COMMUNITIES. Forum Information Society. Bruselas, junio de 1996. <http://www.ispo.cec.be/infoforum/pub/inrep1.html>].

¹⁰⁸ Es importante reconocer además que en América Latina, las dificultades para que exista un verdadero Estado de Derecho son inmensas. Para CHAMORRO, se debe consolidar la existencia de la verdadera democracia y el diseño de un modelo económico social viable a través de organismos con predominio del poder civil, del fomento e institucionalización de espacios de concertación económico social y participación popular, de la incorporación de los derechos sociales para la defensa de los derechos humanos, de la modernización y democratización y la construcción de medios de comunicación social, que en base a la credibilidad ganada frente a sus auditorios, efectivamente funcionen con independencia de los grupos de poder. Erigida y cimentada así, la democracia podrá, por fin, “[...] contribuir al fortalecimiento de una cultura política [...] dialogante que sustituya la cultura de la violencia” [El sistema político y el rol de la prensa en la futura situación de la región. En: ORDÓÑEZ, Jaime (ed.) Periodismo, derechos humanos y control del poder político en Centroamérica. Op. cit. 119].

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, luego de realizar una visita *in loco* a nuestro país, emitió el Comunicado de Prensa 20/98, relacionado con el Estado de Derecho en el Perú¹⁰⁹. En él se hizo referencia a cinco temas especialmente relevantes, lo cual confirma el peligro de la vigencia de nuestros derechos fundamentales:

(a) Provisionalidad de los jueces y fiscales

Luego de haber sido intervenido hace varios años, más del 70% de los jueces y fiscales aún siguen siendo provisionales. Además el Poder Legislativo arrebató funciones al Consejo Nacional de la Magistratura, organismo encargado de normalizar dicho funcionamiento, dándoselas a las Comisiones Ejecutivas del Poder Judicial y Ministerio Público, entidades creadas hace pocos años por el Gobierno y que no gozan de aprobación popular.

(b) Desarticulación del Tribunal Constitucional

Según nuestra Norma Suprema, éste es el “órgano de control de la Constitución” (artículo 201). Sin embargo en la actualidad no podemos encontrar una respuesta efectiva por parte de dicho organismo puesto que fueron destituidos tres de sus siete miembros, con lo cual no se podría declarar la inconstitucionalidad de cualquier ley, debido a que según su Ley Orgánica se requiere de seis votos para que ésto sea realizado.

(c) El debido proceso

Varias normas dadas por el Poder Ejecutivo han contravenido disposiciones expresas sobre esta materia contemplada en la Convención Americana. A través de diversos decretos legislativos, se ha distorsionado la normatividad, básicamente la relacionada con seguridad nacional y ciudadana.

(d) La expansión de la Justicia Militar

¹⁰⁹ Cit. por RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión. Washington D.C.: CIDH, 1999. pp. 30 y ss.

Actualmente, puede procesar civiles y a los militares por delitos comunes. Esto no sólo es permitido por el Poder Legislativo, que diese las normas pertinentes, sino por el propio Poder Judicial, que se declara a favor del fuero de los militares, cuando le ha tocado dilucidar en casos de contienda de competencia.

(e) Impunidad de crímenes contra los derechos humanos

La expansión de la Justicia Militar, la intervención por parte del Gobierno del Poder Judicial y Ministerio Público, a través de las Comisiones Ejecutivas, y las leyes de amnistía dictadas en 1995, configuran una grave situación de indemnidad para los responsables de las violaciones a los derechos humanos, con una capacidad de afectación a toda la sociedad.

Como hemos podido observar, la protección de los derechos fundamentales en el Estado peruano es altamente deficiente. A lo expresado por el organismo internacional, debemos agregar el control por parte del grupo político mayoritario - y gracias a él, las fuerzas castrenses- controla el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Ministerio Público y la desarticulación e inoperancia del Tribunal Constitucional. A ello sumaremos, además, la gran influencia -incondicionalidad tras la injerencia- que tiene sobre casi todos los medios de comunicación social (léase canales de televisión de señal abierta y la gran mayoría de los periódicos, sobre todo de los que tiene una sólida aceptación popular, es decir, los 'chichas').

Es decir, en el Perú, la vigencia real de los derechos fundamentales está inmersa en problemas específicos y reales. Ello se verá reflejado, con más claridad, cuando tratemos los cuatro derechos fundamentales que nos interesan.

3.2. Su presentación como normas

Tal como observamos, los derechos fundamentales necesitan irremediablemente de las Constituciones. Pero, ¿cómo se presentan dentro de éstas? A resolver dicha inquietud nos dedicaremos en este punto.

3.2.1. Las normas de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales aparecen como normas, y éstas a su vez como enunciados normativos. Una ‘norma’ es el sentido correcto de lo que significa un derecho fundamental (para encontrarla debemos aplicar determinados criterios, los mismos que serán estudiados en el siguiente capítulo). Un ‘enunciado normativo’, por su parte, es lo que expresamente dice un artículo constitucional. Por ello, no debemos buscar el sentido de un derecho fundamental a partir de un enunciado normativo sino a través de lo que señala la norma.

Revisemos el caso de la expresión, la información, el honor y la vida. Para los dos primeros derechos fundamentales, el enunciado normativo será aquel presentado en el artículo 2.4 de nuestro Texto Constitucional: “Toda persona tiene derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento [...]”, mientras que la norma realmente será todo lo que estudiaremos en el Capítulo Tercero. Con respecto a los dos últimos el enunciado está en el artículo 2.7: “Toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar [...]”; el significado correcto de la norma estará en el Capítulo Cuarto.

Para precisar la estructura de las normas, Alexy nos brinda un parámetro apropiado. La distinción entre reglas y principios nos parece cardinal¹¹⁰. Los

¹¹⁰ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. pp. 86 y 87.

Un planteamiento algo similar, aunque perteneciente a una tradición jurídica diferente, es el realizado por DWORKIN, quien plantea la existencia de normas, principios y directrices dentro del sistema. Así, mientras las normas se aplican o no se aplican (similar a las reglas), los principios “dan razones para decidir” en un sentido determinado (como lo hacen los principios de ALEXY, aunque creemos en una dimensión más orientadora que de aplicabilidad directa) [Los derechos en serio. Op. cit. pp. 72 y ss.].

principios, en el sentido argumentativo, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales; son mandatos de 'optimización'. Por su parte, las reglas aparecen como normas que sólo pueden ser cumplidas o no; únicamente contienen 'determinaciones'. Por, ello se concluye que la diferenciación entre ambas es cualitativa y no de grado.

Esta propuesta argumentativa parece tener su razón de ser en la característica de homogeneidad de la Constitución: "Si nosotros hacemos una revisión rápida de las normas que forman el texto constitucional peruano, podemos encontrar que las diversas normas son distintas entre sí, tienen distinta textura"¹¹¹. Y recogiendo esas diferencias encontraremos las reglas y los principios.

Definitivamente, y de eso nos encargaremos de demostrarlo en la Parte II, los derechos fundamentales que nos ocupan son principios, no reglas; son optimizables, debe establecerse su contenido: el legislador, la doctrina y la jurisprudencia en su trabajo, y dentro de los parámetros constitucionales, definirán los ámbitos de protección de la información, la expresión, la vida privada¹¹² y el honor. Es imposible que sean considerados como reglas.

A partir de la dicotomía reglas y principios, las Normas Fundamentales deben adscribirse a un modelo de explicación argumentativa (o a uno puro de principios, a uno puro de reglas o a uno combinado de reglas y principios). En nuestro caso parece que el constituyente nacional ha asumido un modelo mixto, puesto que existen en nuestra Norma Fundamental tanto principios (como los ya

Si bien, el anglosajón no se preocupa exactamente de los derechos fundamentales, su construcción nos parece conveniente resaltar. El contenido material de los principios -su peso específico- es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada. Las directrices, que sería lo que suele llamarse como valores y/o principios en el Derecho Constitucional de base romanista, aparecen como los objetivos sociales que se deben conseguir y que son socialmente beneficiosos, proponiendo una meta que ha de ser alcanzada. Por ende, las directrices complementarían el rol asignado a las normas y principios, en un sentido fundamentalista.

¹¹¹ ALVITES ALVITES, Elena y Eduardo DARGENT BOCANEGRA. Aproximaciones a la interpretación constitucional. Op. cit. p. 115.

revisados, en los artículos 2.4 y 2.7) como reglas (como sucede en el propio 2.4 respecto a la competencia para juzgar los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social¹¹³).

Cada uno de estos modelos tiene una importancia particular, dependiendo de la óptica del que se los mire¹¹⁴:

- i. Puro de principios: referido a que los principios se concretan a través de reglas relacionadas con una decisión en particular; las reglas aparecen, entonces, dependiendo de los principios.
- ii. Puro de reglas: es el que da mayor seguridad desde el punto de vista de la vinculación al texto constitucional, pudiendo presentarse de tres formas: sin reserva, cuando la norma se encuentra determinada tan solo en el texto constitucional; con reserva ordinaria, cuando se incluye una reserva de ley sin un contenido específico; y, con reserva cualificada, cuando se vincula a una finalidad determinada.
- iii. Combinado de reglas y principios: nos presenta al principio como aquel relevante dentro de la Constitución para la decisión del derecho fundamental; la regla, por su parte, implica un análisis a partir de la vinculación al texto de la Constitución; en este sentido debe tomarse la Constitución nacional.

3.2.2. Validez de las normas nacionales

Ya habiendo determinado que los derechos fundamentales aparecen como normas, requerimos especificar cuáles son las normas válidas en cada Ordenamiento, y especialmente cuáles son las existentes en el Perú.

¹¹² Sobre el punto específico de considerar la vida privada como un principio nos habla Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO [Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Op. cit. p. 334] retomando los trabajos de WESTIN y BAKER.

¹¹³ En el segundo párrafo de este artículo se lee: "los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y los demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común".

Preliminarmente, afirmamos que la Constitución declara la existencia de los derechos fundamentales; si aquélla no los reconoce, éstos no existirían: esta positivización permite la transmutación de criterios morales en auténticos derechos¹¹⁵. Sin embargo, consideramos que no sólo los positivos son parte de esta gama de derechos sino que podrían incluirse como fundamentales algunos no expresamente contemplados en la Norma Constitucional.

Analicemos mejor la cuestión. La Constitución Política del Perú muestra cuáles son sus derechos fundamentales en el Capítulo 1 del Título I denominado 'Derechos Fundamentales de la Persona', entre los que se incluye a expresión, información, vida privada y honor. Sin embargo, en el último artículo de dicho capítulo, el legislador constituyente ha creído conveniente dejar a salvo la posibilidad de existencia de otros derechos fundamentales. El artículo 3 expresa que "[l]a enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

Según el planteamiento nacional, entonces, se permite recoger la postulación del modelo argumentativo y la utilización de su criterio formal, según el cual son fundamentales dos tipos de derechos: los que se expresan directamente a través de las Constituciones y los agregados. Estos últimos se incorporan tanto de manera empírica -léase, jurisprudencia y doctrina jurídica- o normativa -a través de la argumentación jurídica existente-. Además, este planteamiento se ve secundado por una especie de fundamentalidad basado en tres guías: las principales (razonamiento a partir de valores materiales y en relación con un reconocimiento expreso de los derechos; se produce una doble catalogarización),

¹¹⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. pp. 115 y ss.

¹¹⁵ ROBLES, Gregorio. Los derechos fundamentales y la ética de la sociedad actual. Op. cit. p. 20.

las auxiliares (de aplicabilidad directa del derecho y posesión de un contenido esencial), y, las adicionales (uso de la conexidad, entendida como la correspondencia entre derechos fundamentales y juez, y de la realidad social, que toma en cuenta la situación real de un grupo cuando existe un virtual peligro de afectación del derecho fundamental de uno de sus miembros). De esta forma, el Perú ha acogido un régimen mixto, al utilizar la cláusula general de derechos -tal como nos lo refiere el artículo 3¹¹⁶- al mismo tiempo de servirse de catálogos -como sucede en el artículo 2-.

Estos sistemas a los que se acoge nuestra Constitución, se centran en tres puntos de vista distintos:

(a) Criterios para determinar la lista de derechos fundamentales

Además del criterio formal -al que nos acogemos-, se proponen dos más, como la combinación del criterio estructural y el material y el puramente estructural¹¹⁷.

Para el primero, son fundamentales los derechos que pertenecen al cimiento mismo del Estado y que debido a eso, son reconocidos por la Constitución¹¹⁸. Para el segundo, lo son según lo señale o habilite la propia norma constitucional.

¹¹⁶ Conocida también como cláusula de desarrollo de los derechos humanos, según lo expresa HÄBERLE, al referirse a una norma similar a la peruana, como es el artículo 44 de la Constitución de Guatemala [El concepto de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 92]. Pero más adelante, agrega, analizando el precedente del artículo 3 de la Constitución de 1993 (el 4 de la de 1979): "A nivel interno del Estado, [...] requiere toda la atención, una vez que no se encuentra limitado por el procedimiento de interpretación"; como conclusión: la solución peruana es la 'versión más moderna' de cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales [Ibid. pp. 108 y 109].

Además, para CÁRDENAS QUIROZ y FERNÁNDEZ SESSAREGO, este artículo, en conjunción con el 5 del Código Civil "pueden ser considerados como en lo que doctrina se conoce como 'cláusula general de tutela de la persona humana', apreciada como unidad psicosomática, no obstante las diversas manifestaciones de la personalidad dignas de protección normativa específica" [Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil italiano de 1942. En: UNIVERSIDAD DE LIMA - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS y ASSLA - ASSOCIAZIONE DI STUDI SOCIALI LATINOAMERICANI. El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano. Trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani - ASSLA. Lima: Cultural Cuzco, 1986. p. 105].

¹¹⁷ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. p. 111]. Para un mejor análisis del criterio formal debemos revisar al propulsor de este criterio, Robert ALEXANDER. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. pp. 57 y ss.

Sin embargo, DWORKIN niega la existencia de una regla de reconocimiento para que se examine la validez o no de una norma, tal como lo reconoce CALSAMIGLIA en el Prólogo de la obra del germano [Los derechos en serio. Op. cit. p. 10].

(b) Modelos de fundamentalidad de los derechos en el
Constitucionalismo Contemporáneo

Aparte del modelo de las tres guías, que es acogido por el Perú, existe la protección reforzada y la gradualización¹¹⁹.

La primera propuesta fue asumida por los alemanes, para quienes los derechos tienen fuerza vinculante, poseen aplicación directa, están tutelados por garantías normativas propias (reserva de ley y contenido esencial) y se puede recurrir al amparo para su protección.

El segundo modelo, asumido por España, nos presenta una fundamentalidad por grados: el primer grado es el de los derechos que vinculan a los poderes públicos -similar al alemán-, el segundo es el de los derechos con una protección superreforzada¹²⁰, que incluyen a los derechos con una reserva de ley orgánica, y, el tercero es el de los derechos sociales con una garantía casi nula, al ser meros informadores de la actividad legislativa. Pese a existir estos tres grados, la orientación general es sólo considerar a los segundos como los fundamentales.

(c) Regímenes de positivación de derechos fundamentales.

Una Constitución puede presentar tres formas de positivar sus derechos¹²¹: a través de una cláusula general o abierta de derechos, con el uso de catálogos o gracias a la combinación de ambos, que tal como explicábamos es el que acoge nuestro sistema.

¹¹⁸ Para SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, el criterio solamente puede ser material [La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, año 11, n° 32 (1991). p. 77].

¹¹⁹ CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales?. Op. cit. pp. 48 y ss.

¹²⁰ Para CRUZ VILLALÓN, también hablando del sistema español, el reconocimiento de un derecho fundamental depende de una vertiente material y una formal; por la primera se analiza si el derecho está en la conciencia y cultura de un Estado democrática; por la segunda, si posee un elemento genérico de garantía judicial y de vinculación al legislador [El legislador de los derechos fundamentales. En: LÓPEZ PINA, Antonio (dir.). La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 129].

¹²¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Los derechos fundamentales. Op. cit. p. 58.

Esto debe entenderse en el sentido de una fundamentalidad formal, según los contenidos de ALEXY, en el que el alemán también conviene en un criterio mixto, y no en uno material [Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 503 y ss.], a diferencia de lo que intuía SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA.

Por la cláusula general o abierta de derechos, se enuncian genéricamente valores o principios básicos, que sustenten su consideración como norma válida. De otro lado, el empleo de catálogos permite que se pormenorizan el alcance de los derechos fundamentales.

Con corolario de lo analizado, en nuestro país existe, además, de coincidencia entre los derechos constitucionales y los fundamentales, una posibilidad de recurrir a criterios iusnaturalistas puesto que la amplitud con que está redactado el artículo 3 permite incluir dentro de él cualquier derecho como fundamental.

3.2.3. La cualidad de apertura

El último tema que debemos revisar respecto a las normas de los derechos fundamentales es el referido a las indeterminaciones que presentan. Éstas no sólo se dan en los principios, sino también en las reglas; indeterminación no tiene que ver con optimización.

Para percibir este carácter abierto, podemos mostrar cualquier artículo de la Constitución. Por ejemplo, a través del artículo 2.7, referido al derecho al honor, no se podrá concebir cabalmente el significado de la norma (¿qué entendemos por honor?, ¿sólo cubre a una protección negativa de este bien jurídico?, ¿cómo se salvaguarda el honor?). Tal como podemos ver, el sentido de un enunciado normativo no puede comprenderse a simple vista.

La razón de esta apertura se da por tres razones básicas: la búsqueda de unidad política, el respeto de los derechos de las personas y la racionalización del poder.

En fin, esta “amplitud de los preceptos constitucionales contribuye, también, a consolidar la vocación de permanencia que tiene la Constitución”¹²².

Lo primero que debemos descubrir en una norma es qué tipo de permisión ambigua presenta. Podrá tener un sentido prescriptivo o uno cualificadorio. Por el primero se analiza qué obliga o permite realizar la norma; por el segundo, su validez dentro del Ordenamiento Jurídico. Nos centraremos esencialmente en el primero de los sentidos.

Expliquemos mejor cada uno de estos conceptos, los cuales permitirán medir la capacidad de la indeterminación a la cual nos enfrentemos:

(a) Sentido prescriptivo

Se refiere a un mandato de prohibición para que el destinatario del derecho impida u obstaculice la acción descrita por el derecho fundamental o en la obligación de que el destinatario realice una determinada acción. Su vulneración da lugar a una infracción, que se traduce en una sanción exigible a través del Amparo.

(b) Sentido cualificadorio

A través de éste se detallan los enunciados jurídicos que prohíban o dificulten la acción descrita en el derecho fundamental sean calificados como no válidos. En caso de que existan enunciados jurídicos contrarios a dicho sentido, la norma puede ser objeto de Inconstitucionalidad, que se traduce en su nulidad.

Tras ubicarnos en el sentido que queremos encontrar en la norma, debemos analizar cómo se presenta esta incertidumbre. Las indeterminaciones pueden ser de tres tipos, los mismos que se refieren a su significado, a su ubicación o a las

¹²² ALVITES ALVITES, Elena y Eduardo DARGENT BOCANEGRA. Aproximaciones a la interpretación constitucional. Op. cit. pp. 114 y 115.

acciones incluibles en su supuesto de hecho, requiriendo una solución dependiendo de sus características.

Según Gavara de Cara, los modelos de indeterminaciones, que responde a distintos aspectos de la abertura de los enunciados normativos son¹²³:

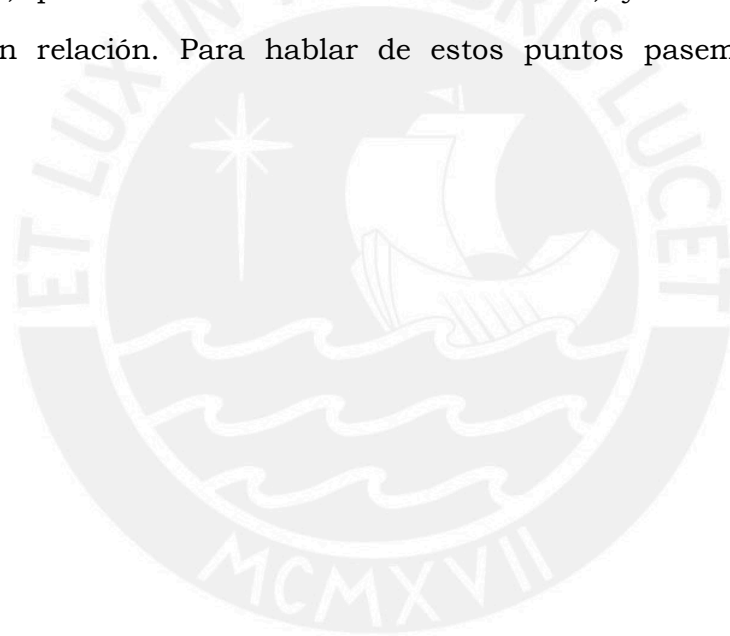
- i. Semántico: relacionado con la inexistencia de un significado unitario de los términos utilizados en el derecho fundamental; los criterios utilizados producen seguridad jurídica con posterioridad a su aplicación.
- ii. Estructural: hace referencia a que no sea unívoco el sentido prescriptivo de un derecho fundamental.
- iii. Con relación al supuesto de hecho en que va a ser aplicable el derecho: se refiere a las acciones subsumibles dentro de la norma que establece el derecho fundamental y deberá ser realizado antes de la aplicación del derecho.

Tal como lo expresáramos, las formas de satisfacción a estas dificultades son distintas entre sí, dependiendo de la forma de indeterminación existentes: el problema semántico se soluciona a través de fijar un contenido -es decir, una interpretación de la propia norma-, el estructural requiere encontrar el significado dentro de todo el esquema de los derechos fundamentales y el inconveniente sobre el supuesto de hecho, se refiere a las acciones que cabe subsumir en la norma que establece un derecho fundamental -es más casuístico: derecho por derecho-.

Es decir, de acuerdo a la tendencia que posea la norma de derecho fundamental, podremos observar su infracción o su invalidez; ambos en planos totalmente distintos. Pero en los dos sentidos, para poder realizar un estudio adecuado, es necesario evaluar si se han salvado las indeterminaciones que presenta el modelo.

En conclusión, se puede ver que los derechos fundamentales dentro del Constitucionalismo Contemporáneo poseen un sentido muy complejo y diverso. A partir de su renovado significado debemos centrarnos en las variadas teorías que tratan de explicarlo, dentro de un esquema reduccionista y en la Constitución que lo cobija, que no solamente será considerada jurídica sino también política.

Para clarificar más nuestro interés en los derechos de comunicación del discurso y de respeto propio, es imprescindible centrarnos en los ámbitos de desarrollo de estos derechos, partiendo de un contenido concreto, ya sea en de manera individual o en relación. Para hablar de estos puntos pasemos al siguiente capítulo.



¹²³ Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. pp. 71 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

La bidimensionalidad a partir de la determinación de contenidos

En el primer capítulo presentábamos cuáles eran los presupuestos de una Teoría de Derechos Fundamentales. Ahora, es menester revisar ciertas materias que nos parecen importantes recalcar respecto a los derechos fundamentales, por su directa relación con el presente trabajo. Antes hablábamos de la teoría, hoy específicamente de los derechos. Sin más, empecemos la explicación.

I. El sustento dogmático de la determinación de contenidos

De aquí en adelante usaremos una propuesta singular, cual es la de la determinación de contenidos. Para llegar a ella hemos básicamente retomado los

principales presupuestos de las proposiciones precedentes para que de esa forma no solamente reconozcamos la equivalencia entre los derechos fundamentales en la teoría, sino sobre todo en la realidad, en el ejercicio efectivo de éstos.

1.1. El equilibrio de derechos como método

El primer gran acápite a desarrollar está referido al método que utilizaremos para la determinación de contenidos. Éste es el del equilibrio de derechos - ponderación, *güterabwägung*, o equilibrio de bienes, como suele conocerse-. Pero, ¿cuándo ha de utilizarse?

Ante la contingencia de que dos derechos puedan concentrarse en una misma circunstancia concreta, lo primero que debemos hacer es determinar frente a qué tipo de situación nos encontramos. Si bien los derechos fundamentales pueden coincidir en una posición de concurrencia¹, este caso no presenta, en estricto, una naturaleza de relación, sino de combinación. En esencia, son dos los casos en que los derechos pueden encontrarse en situación relacional, ambos dependiendo del tipo de norma -sentido argumentativo- al que nos enfrentemos.

La primera forma es la situación relacional entre las reglas. Sabemos que este tipo de norma simplemente se cumple o no, al presentarse como determinaciones (tan solo se realizan, no se optimizan). Entonces, la correspondencia existente entre ellas, nos lleva a lo que se debe denominar un 'conflicto'.

¹ Dos derechos aparecen como concurrentes cuando un único comportamiento puede ser subsumido en supuestos de hecho de distintas normas. Véase claramente este supuesto en el caso de que se cometa un delito y el acto pueda ser tipificado como secuestro, violación, asesinato y robo, por ejemplo.

Un conflicto de reglas sólo puede ser solucionado “o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas”². La resolución del configuración requerirá además de criterios como el de *‘lex posterior derogat legi priori’* o *‘lex specialis derogat legi generali’* o atendiendo a la importancia de las normas en juego.

Frente a la situación existente entre las reglas, encontramos también la que concurre entre los principios. Éstos, a diferencia de las reglas, sí son optimizables. Por lo tanto su tratamiento no será similar a la que nos presentan los conflictos. Aquí no debe buscarse alguna excepción o la nulidad de uno de los principios, sino encontrarse entre ellos un sentido dentro de lo que se puede denominar la determinación de sus contenidos, aunque debemos dejar en claro que únicamente nos estamos refiriendo al establecimiento de sus contenidos accidentales, puesto que los esenciales no dependen de los otros bienes jurídicamente protegidos. Por este motivo, es aquí -en la situación relacional entre principios- cuando utilizaremos la ponderación.

Pese a que consideramos como adecuado este método³, se ha llegado a señalar que dentro del esquema actual de los derechos fundamentales como dimensión objetiva y de *drittwirkung*, la ponderación podría aparecer como una subjetivización de la solución. Por ello, Vives Antón objetaría un resultado permisible a través de una ponderación judicial, cuestionándose en primer término la capacidad judicial para realizar estas ponderaciones y en segundo lugar, el método empleado⁴.

² ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos fundamentales. Op. cit. pp. 88 y ss.

³ HÁBERLE asevera que “el sentido del equilibrio es delimitar las esferas de vida tuteladas por los derechos fundamentales y los derechos fundamentales ‘como institutos’ en particular de las otras esferas de vida, o bien de los otros bienes merecedores de tutela” [La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. p. 213]. Asimismo, para SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, la ponderación “no busca la aniquilación del derecho [...], sino, en la medida de lo posible, la concordancia práctica de ambos derechos” [Algunas cuestiones de la teoría de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 99].

⁴ Delitos contra el honor. En: VIVES ANTÓN, T.S. (coord.) Derecho Penal: Parte Especial. Valencia: Tirant lo blanch, 1990. 3ª ed. p. 684

A la primera crítica cabe mencionar lo inevitable de la discreción judicial para realizar estas ponderaciones dada que ninguna ley podría abarcar todos los supuestos de hecho que se dan en la sociedad y, en segundo lugar, el método no es arbitrario sino, como lo ha argumentado Alexy, es objeto de una fundamentación jurídica sobre la cual es posible una decisión judicial controlable⁵.

Sin embargo, estas valoraciones subjetivas pueden llevarnos al ‘vaciamiento’ de contenido material de los derechos fundamentales. Häberle para tratar de superar esta crítica indica que el método debe ser guiado hacia el sistema de valores objetivos de la Constitución, subestimando el mérito de la reserva de la ley, tal como lo analizaremos más adelante⁶.

Entonces, el análisis que realicemos de este método será basándose justamente en un ‘equilibrio de bienes’ concreto, no abstracto (según éste se debe buscar una jerarquía entre los diferentes derechos fundamentales, lo cual nos llevaría a un tratamiento de los principios como se hace con las reglas, lo cual es inadecuado dentro de los márgenes que trabajamos para este tipo de normas), tomando aquél en el sentido de reconocer los derechos en juego, atendiendo a la significación y consecuencias identificables que la actuación posee y revisando la legitimidad de la comparación con otros.

Este método de equilibrio de bienes no nos indicará solamente cómo debe ser la solución final sino lo sustancial para él será saber cómo llegar a ella.

Dentro de este esquema debemos saber que para que la ponderación se aplique a la realidad, deberá pasar por tres fases distintas.

⁵ Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. pp. 161 y ss.

⁶ La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. pp. 86 y ss. Igualmente, como diría MONTROYA VIVANCO, no se puede olvidar que dicho acto se debe dejar a un trabajo jurisprudencial, consciente y óptimo [Bases conceptuales y político-criminales para el estudio de la tutela penal anticipada contra la discriminación racial y xenofobia. Tesina (doctor). Salamanca: Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 1997, p 70].

- (a) Abstracta de la ponderación de los derechos en relación

Se analiza de forma genérica la situación relacional a fin de llegar a un punto de equilibrio entre los derechos. Para alcanzarla habremos de realizar un procedimiento ordenado a través de cinco etapas⁷: la determinación del espacio de alternativas para cada una de los derechos, la valoración de dichas alternativas, la identificación de las posibilidades de concordancia entre los derechos, el establecimiento de la relación coste/beneficio, y, la averiguación de la ordenación de alternativas y elección de la más óptima.

- (b) En atención a la posición ocupada por el sujeto actuante en el contorno jurídico

Se estudia al sujeto no como individuo concreto sino como posición jurídica circunscrita y se toma en cuenta grado de incremento de la posibilidad de que el sujeto infrinja la prohibición a través de su actuación.

- (c) Tomando en cuenta las circunstancias adicionales y peculiares del caso concreto

Se valorizan las situaciones específicas en que se actúa, las mismas que incluso puede variar la ponderación inicial.

Además, es imperioso advertir que este método requiere de dos momentos primordiales e imprescindibles. Ambos constituyen una dimensión de los derechos fundamentales. Es decir, primero requerimos de un estudio de las alternativas de cada derecho (análisis individual) para luego revisar las situaciones de relación entre ellos (análisis concomitante). A cada una de ellas nos dedicaremos en los siguientes puntos del presente capítulo.

⁷ Hemos logrado plantear este proceso ponderativo recogiendo postulados referidos a temas penales pero que adecuándolos al ámbito constitucional son perfectamente compatibles con el tema de nuestro interés. Para lograr esta exposición hemos consultado el capítulo pertinente del libro de José

1.2. La eliminación de incertidumbre

Delimitar un derecho es un trabajo que encuentra muchas dificultades, ya que ajustar el ejercicio del derecho supone que éste se halla ya determinado constitucionalmente y que, en consecuencia, el intérprete, se encuentra frente a un poder jurídico definido, del cual no puede alterar su contenido (esto no contradice la calidad de 'activista' del intérprete). Por eso se afirma que los derechos fundamentales aparecen dentro de los Textos Constitucionales apenas declarados y ofrecen líneas generales de su régimen jurídico, que deben ser concretadas.

Sin hacer mucha memoria, diremos que finalizábamos el capítulo anterior haciendo referencia a la indeterminación de las normas que acogían a los derechos fundamentales. Ahora lo que corresponde es eliminarla. Por lo tanto para superar estos espacios de incertidumbre debemos recurrir a dos tipos de criterios, uno contextual, referido a los pasos interpretativos a seguir, y otro extracontextual, relacionado con las Teorías de los Derechos Fundamentales.

Esta eliminación de la imprecisión normativa coadyuvará al establecimiento de la bidimensionalidad de manera directa. Actúan conjuntamente para delimitar correctamente los contenidos de los derechos fundamentales.

1.2.1. El criterio contextual

Manuel PAREDES CASTAÑÓN denominado El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1995. pp. 483 y ss.

A través de este primer criterio se puede encontrar una solución dentro del contexto constitucional configurado por las normas que establecen derechos fundamentales, su conexión con otras normas constitucionales, así como con las circunstancias y reglas de utilización.

Para ello es necesario recurrir al acto interpretativo. Observábamos en el Capítulo Primero, cómo ha de realizarse la interpretación constitucional, pero ahora es menester presentar un acto interpretativo ordenado y razonable, el mismo que casi siempre se realiza por la necesidad de solucionar el caso concreto al cual enfrentamos. De tal manera, encontraremos el sentido de la norma en el enunciado normativo.

Para completar este círculo de interpretación deberemos pasar por distintos momentos, todos ellos importantes por realizarse en la vida cotidiana, aunque sólo nos acercaremos al primero de ellos por el interés académico existente en él.

Para enfrentarse una norma constitucional a un hecho concreto, la interpretación se deberá realizar a través de cuatro momentos: el primero -el semántico- nos ayuda a encontrar el verdadero alcance de la norma; luego, se debe realizar una probanza de los hechos -el fáctico-; ambos se encuentran en el momento de la subsunción, analizándose estos hechos dentro de los supuestos de la norma; para que luego, en un cuarto momento -el lógico-, se deduzcan las consecuencias debidas.

Como señalamos, por ser de nuestro interés, sólo nos quedaremos en el semántico. Dentro de él, habremos de completar un atento trabajo interpretativo⁸,

⁸ Hemos podido realizar este acto interpretativo principalmente gracias a las proposiciones de Friedrich VON SAVIGNY. Sistema del Derecho Romano Actual. Op. cit. pp. 187 y ss.; Konrad HESSE. Escritos sobre Derecho Constitucional. Op. cit. pp. 43 y ss.; Patricio ZAPATA LARRAÍN. La interpretación de la Constitución. En: Revista Chilena de Derecho. Santiago, v. 17, n° 1 (ene. - abr. 1990), pp. 161 y ss.; Marcial RUBIO CORREA. El sistema jurídico. Op. cit. pp. 258 y ss.; Domingo GARCÍA BELAÚNDE. La interpretación constitucional como problema. Op. cit. pp. 80 y ss.; Torsten STEIN. Criterios de interpretación

en el cual si bien se va a presentar un proceso complejo, en todos los casos las circunstancias interpretativas no se dan de igual manera y podrían, porque la realidad así lo exija, dar mayor preponderancia a alguno de los pasos interpretativos en desmedro de otros. No habrá una interpretación única, pero esto no deberá permitir una arbitrariedad del intérprete sino que le exigirá una alta dosis de consistencia y resistencia en su trabajo.

a. Hipótesis

Antes de iniciar nuestro acto interpretativo, debemos tener una idea clara acerca de qué queremos conseguir con dicho acto; no para guiarlo, sino para comprobar finalmente si nuestra suposición inicial estaba errada o no, o si ha servido para lograr nuestro cometido.

Esto es sumamente importante, aún cuando se afirme, que al realizar su actividad, el intérprete no debe preocuparse por el resultado. La interpretación debe ser apreciada y desarrollada por sí misma. Sin embargo, lo que estamos afirmando es que no se debe realizar una 'interpretación para' (no buscamos desentrañar el significado para favorecer intereses particulares), sino que el acto debe realizarse con seriedad y consistencia, aplicando de manera objetiva los parámetros interpretativos mostrados, pero tomando como un punto más de referencia el posible producto al cual se llegue.

b. Análisis individual de los derechos

La primera etapa es la del 'análisis del texto constitucional como norma jurídica'. Dentro de ella se realizarán consecutivamente tres pasos. Se encuentra

de la Constitución. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Lima, nº 12 (1996), pp. 132 y ss.; Germán BIDART CAMPOS. La interpretación y el control

relacionado con la sugerencia de los hermenéuticos y con el ‘programa normativo’ de los institucionalistas.

Así, ingresamos por el ámbito lingüístico, seguimos con el análisis de la realización histórica del derecho para por último precisar el contenido gracias a la estructura en que se encuentra la norma.

Lo que hacemos en este punto es extraer al derecho de su integración constitucional. Es como si lo lleváramos a un laboratorio y lo investigáramos en soledad. No debemos en este punto simplemente quedarnos en el plano meramente jurídico de la norma sino ir más allá, incluso investigando su sentido real en el Constitucionalismo Contemporáneo.

c. Análisis en conjunto del derecho

Sin embargo, un estudio concienzudo del derecho nos impone un deber ineludible: relacionarlo con la Norma Fundamental. Debemos no sólo concretizar ciertos elementos a partir de la comparación con otras normas -como sucedía en el paso anterior-, sino trabajar con él revisando su capacidad de integrarse con los demás derechos y con la realidad. Participan, en este punto, las proposiciones de los principios neutrales y la elaborada por parte de los sociales.

Por ello, ni bien culminado la primera parte del análisis, debemos pasar a la segunda etapa de trabajo, cual es la de las ‘consideraciones político-sociales de la Constitución’. Ésta consta de tres partes más. Relacionar a los derechos con los

constitucionales en la jurisdicción constitucional. Op. cit. pp. 207 y ss.

demás incluye adecuarlos a los parámetros constitucionales, utilizar las ciencias humanas y sociales así como prever las consecuencias de nuestra actividad.

d. Resultado interpretativo

A partir del cumplimiento de estos seis pasos, debemos postular nuestro 'producto final', con el cual trabajaremos. Éste deberá ser sólido y razonable, al ser nuestro principal objetivo a lograr.

Ésta es una revisión teleológica. El análisis de los fines para los que se realiza la interpretación incluye, pues, alejarnos del texto mismo (ya integrado en un análisis total de la Constitución como norma política) para entender las razones o los fundamentos que rigen nuestra actividad interpretativa. Es decir, "se debe tomar en cuenta la finalidad de la Constitución"⁹.

Acá debemos hacernos una pregunta: ¿Para qué interpretamos? Cada intérprete, luego, debe observar si el producto interpretado hasta este momento obtenido cumple con los objetivos trazados y con la finalidad predeterminada de la aplicación de la norma jurídica. Existirá, entonces, un cotejo con la hipótesis inicial.

Gracias a la conjunción de este criterio contextual y el extracontextual revisado anteriormente, podemos encontrar adecuadamente la doble dimensión de los derechos fundamentales. Para hallar cada una de ellas y sus componentes internos habremos de acudir, entonces, tanto a la teorización del problema como a su realización interpretativa.

⁹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique y Marcial RUBIO. Constitución: Fuentes e Interpretación. Teoría y documentación del Proceso Constitucional y la Constitución de 1979. Lima: Mesa Redonda, 1988. pp. 96 y 97.

1.2.2. El criterio extracontextual

Aparece como aquella explicación exógena o al margen del texto constitucional. En este sentido, se busca presentar un modelo ordenado de trabajo, haciéndose directa referencia a las diversas Teorías de los Derechos Fundamentales.

A partir del Constitucionalismo Contemporáneo, los derechos fundamentales han intentado ser explicados por parte de incontables teorías, a las cuales ya hemos hecho referencia a lo largo del capítulo precedente. Entonces las teorías liberal, valorativa, institucional, de ejercicio democrático, social, interpretativa, multifuncional, moral-jurídica, argumentativa y procesal, nos ayudarán a eliminar las indeterminaciones de las normas de los derechos fundamentales.

2. La dimensión individual de los derechos fundamentales

Este primer paso deberá centrarse en una observación ordenada de cada derecho visto como una entidad particular del Ordenamiento que encuentre las alternativas incluidas en sí como fuente de su relación con otros derechos o bienes jurídicamente protegidos.

2.1. 'Un' derecho fundamental

En términos generales, aseveramos que cada derecho fundamental acuña en sí mismo un contenido que debe ser delimitado o creado por parte de los operadores del derecho.

2.1.1. La configuración como propósito

La concretización de los derechos fundamentales se realiza a través de la ‘configuración’, la cual está conectada con la dotación de contenido material a alguno de los elementos de los derechos.

Para ello, presupone la ausencia o insuficiencia de dicho contenido (evoquemos nuevamente el sentido de indeterminación de las normas), proponiéndose normas de organización y procedimiento para el ejercicio del derecho, que sólo serán admisibles en la medida en que, por una parte, no entren en contradicción con la Constitución y, por otra, encuentren en ella su justificación.

Existen dos formas típicas de configuración; en una se determina y en la otra se clarifica:

(a) Constitución

A través de esta manera de configurar, se ‘determina’ el objeto de protección del derecho fundamental. Un claro ejemplo lo podemos encontrar en el derecho fundamental al honor; el constituyente sólo ha afirmado que “toda persona tiene derecho al honor” (artículo 2.7); en este caso con la actividad interpretativa recién se va a encontrar el significado del honor. Lo mismo sucederá con la vida privada.

(b) Concreción

Por su intermedio se adoptan las normas necesarias para ‘clarificar’ el objeto de protección o para posibilitar el ejercicio del derecho. Así, en el caso del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, el legislador primigenio ha realizado algunas precisiones, tal como lo podemos observar en el artículo 2.10: las comunicaciones en general pueden ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas por mandamiento judicial, por lo que los

documentos obtenidos sin este requisito no tienen efecto legal, y, los documentos contables y administrativos están sujetos a inspección y fiscalización de la autoridad competente. Sin embargo, existen varios temas que faltan definirse por lo que la función del intérprete -especialmente, el legislador ordinario- será completar el sentido de la norma. También será motivo de concreción, la información y la expresión.

La teoría más radical respecto a la configuración es la propuesta institucional. En su planteamiento, la actuación del legislador -quien está al servicio de los derechos fundamentales- no sólo se encuentra permitida, sino que deviene en obligatoria. El desarrollo de los derechos fundamentales por parte de los legisladores se refiere a su concreción normativa, no sólo respecto a su límite o relativización -este tema será tratado más adelante-; se debe realizar en el marco de la Constitución y con el fin de actualizarla.

Häberle propone una teoría de 'límites inmanentes', por la cual existirían dos tipos de reserva: de limitación (autorización al legislador para que limite un derecho en función de los otros derechos) y de configuración (autorización al legislador para configurar materialmente un derecho fundamental). Limitación y configuración son parte de la delimitación. Así, la garantía de los derechos fundamentales está referida tanto a una prohibición de infringir el derecho fundamental -un límite para él-, como la obligación para configurarlo -objeto de la legislación-¹⁰.

Si bien, limitación y configuración se confunden una con otra, ambas son parte del desarrollo de los derechos fundamentales. Asimismo, el alemán últimamente ha observado que en el constitucionalismo cada vez más se observa una superlativa actividad de configuración; quizás esto se debe a que se ha

¹⁰ La libertad en el Estado Constitucional. Op. cit. pp. 108 y ss.; en este mismo sentido se expresa Ignacio DE OTTO Y PARDO. La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo e Ignacio DE OTTO Y PARDO. Derechos fundamentales y Constitución. Madrid: Civitas, 1988. pp. 110 y 111.

Además, para ALEXY, "[t]odas las restricciones directamente constitucionales serían entonces -totalmente en el sentido de la teoría interna- sólo perifrasis del contenido de lo garantizado y podrían, en este sentido, ser calificadas como 'inmanentes'" [Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 278].

desabsolutizado la reserva de intervención o de limitación clásica¹¹. Esto hace que el derecho se realice efectivamente.

Por eso, una ley no debe presentarse de forma negativa -intervención del legislador en el derecho fundamental-¹², sino de manera positiva¹³. Esto es, en palabras de Landa Arroyo, una “función legislativa de promoción y realización de la libertad instituida; esto permite dejar atrás la clásica noción de reserva de ley del Estado liberal minimalista”¹⁴. Se puede, a partir de aquí, rescatar -o construir si la Constitución no lo ha previsto- la función de un contenido esencial como una fórmula de respeto a la última barrera de la magnitud institucional de la libertad.

Dentro de esta teoría de los límites inmanentes, De Otto y Pardo propone un estudio de la delimitación de los derechos fundamentales, tomando en cuenta el acto de la realidad que debe ser contrastado con una norma constitucional¹⁵. Deberá verse si éste se encuentra dentro del contenido propio de dicha norma (cubierto por su tratamiento o excluido por él) o si se encuentra fuera de ella. Todo ello deberá ser observado a partir del parámetro de consistencia propia de la Constitución, el cual estudiaremos *infra*. En fin, los límites inmanentes precisan de que los límites aparezcan solamente en la Norma Fundamental y cualquier intervención legal sobre ella será meramente declarativa¹⁶.

Así, hemos podido observar que para desarrollar correctamente los derechos fundamentales, no sólo han de limitarse éstos, sino que su significado debe ser configurado de una manera correcta. Para realizar esta actividad, se requiere de

¹¹ HÄBERLE, Peter. El legislador de los derechos fundamentales. En: LÓPEZ PINA, Antonio (dir.). La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Op. cit. pp. 99 y ss.

¹² Como lo hace, por ejemplo, la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica en su primera enmienda cuando señala que el Congreso no podrá dar ley alguna que atente contra la libertad de palabra y de prensa.

¹³ Independientemente de la posibilidad de definir legislativamente todo derecho fundamental, a veces el legislador ha creído conveniente exigir el desarrollo legal de determinados derechos.

Tomemos como ejemplo los derechos que revisaremos a partir del siguiente capítulo. Con respecto a los derechos de respeto propio, las Constituciones de Colombia (artículo 21, aunque solamente se refiere al honor) y de Jamaica (artículo 22.2); con respecto a los derechos de comunicación del discurso, la de Cuba, artículo 53. Además en el marco de estos últimos, se ha tratado de delimitar el rol de los medios de comunicación social: artículos 38.7 de la Constitución de Portugal (a través de un Estatuto de la Información), 21.3 de la de Corea del Sur (sobre todo en periódicos), 20.3 de la de España (para medios dependientes del Estado), 22.2 de la de Jamaica, 41 de la de Camboya; aunque no por ello se despreocupan de su control: artículos 7 de la de México (ley orgánica para controlar los delitos de prensa) y 220.3.II de la de Brasil.

¹⁴ Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. p. 331.

¹⁵ La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. Op. cit. p. 145.

un procedimiento para evitar las arbitrariedades del intérprete, máxime del legislador.

Tras realizar todo el acto configurativo del derecho fundamental, incluyendo los aspectos que veremos en los puntos siguientes, se podrá concluir el primer gran paso de la determinación de contenidos: el establecimiento de las alternativas de todos los derechos en situación relacional.

Este avance está vinculado también con el inicio del tratamiento propuesto por la ‘teoría de los límites internos y contenido propio’, cual es el de la identificación de los límites de los derechos. A nuestro entender, la determinación de alternativas de cada derecho fundamental se encuentra compuesto de dos subpasos, los cuales pasamos a explicar.

En una primera fase determinaremos las alternativas de cada derecho -sus posibilidades de ejercicio-, siendo motivo de análisis tanto el grado como la naturaleza del desarrollo -previsibilidad *ex ante*- de cada uno de los derechos en juego. Se trata de una cuestión de ‘prospectiva’¹⁷: proyección de datos presentes y predecibles para la construcción de posibilidades de evolución existentes en el momento de los hechos.

Estas alternativas deben encontrarse dentro los límites externos, es decir solamente se incluirán aquellos supuestos en los que el derecho se encuentra ejercido de manera correcta y no abusiva. Para ello, se habrá de observar el ámbito propio de cada uno de los derechos y ubicar cuál de ellos se encuentra

¹⁶ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. p. 172.

utilizándose de manera abusiva por parte del titular del mismo -límites subjetivos-¹⁸: cada derecho fundamental no se encuentra delimitado solamente por otros derechos sino por el 'correcto ejercicio' de otros derechos.

Un segundo momento se relaciona con la realización de las estimaciones -o valoraciones- pertinentes acerca de cada una de las situaciones posibles contenidas en las dos bandas de alternativas (de cada principio). Esto quiere decir que se debe considerar el grado de valoración de los eventos factibles de suceder para cualesquiera de los derechos implicados¹⁹. Pero este proceso debe ser realizado de acuerdo a algún 'orden apreciativo' deducido del ámbito jurídico.

Este orden apreciativo no está relacionado con el tipo de solución de las colisiones a través de listas como la propuesta por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica o cualquiera que implique jerarquía entre los derechos -tal como veremos *infra*-, sino cómo debe observarse cada una de las alternativas de determinado derecho fundamental.

Para ello debemos recordar el valor de los principios y valores, así como de los preámbulos de las Constituciones. Al mismo tiempo, expresaremos que dicho orden no deberá basarse sólo en consideraciones jurídicas sino además en extrajurídicas (en todas aquellas que forman parte de las ciencias sociales y morales); y, también en las normas de rango infraconstitucional, aunque de manera indirecta.

2.1.2. El desarrollo de la norma en soledad

¹⁷ Este examen incluirá tanto componentes cualitativos (para indicar la naturaleza de tales alternativas) como cuantitativos (para mostrar el grado de contingencia de cada alternativa posible).

¹⁸ En definitiva, cuando uno inicie la determinación de contenidos sólo deberá tomar en cuenta los datos que manejaba el sujeto actuante de manera previsible. Hacemos hincapié en que no sólo debe tomarse en cuenta los elementos objetivos del derecho sino además los subjetivos.

Justamente para realizar esta configuración requerimos volver a los criterios presentados a inicios del capítulo. Dentro de las consideraciones individuales hacíamos mención a tres pasos. A través de ellos trataremos de encontrar el significado verdadero de cada derecho.

PASO PRIMERO: Ingreso lingüístico

Ésta es la puerta del acto interpretativo y se encuentra altamente relacionada con el elemento gramatical de la visión herméutica, pero que trata de ser complementado con un estudio íntegro de los conceptos utilizados en el Texto Constitucional.

Para ello deben considerarse tres momentos distintos, los cuales a decir de Zapata Larraín se presentan a través de estas subreglas²⁰:

- las palabras de la Constitución se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, salvo que resulte evidente que ella las utiliza con un significado distinto; sin embargo, esto a veces varía ya sea porque la Constitución define un concepto, le da varios significados (caso de 'persona') o posee un uso distinto al natural y obvio (caso de 'domicilio')²¹;
- las palabras técnicas se tomarán en el sentido que les den los que desempeñen la correspondiente ciencia o arte²², a menos que aparezcan claramente que se han tomado en sentido diverso (ya aquí se vislumbra el apoyo de las ciencias auxiliares); y,

¹⁹ Finalmente, se dirá que la valoración podrá presentarse de dos maneras: absoluta (tomando en cuenta una elección genérica entre cada una de las alternativas) o marginal (referido al conocimiento del grado en que cada incremento de la afectación perjudica la deseabilidad de las situaciones en que puede encontrarse en determinadas ocasiones).

²⁰ La interpretación de la Constitución. Op. cit. pp. 161 y ss.

²¹ Para DWORKIN, a veces las palabras en la Constitución admiten diferentes significados; se vuelven conceptos 'controvertidos' [Los derechos en serio. Op. cit. p. 173].

²² Cuando por la naturaleza de los actos que revisemos derive la letra de la norma constitucional de una ciencia específica, se debe tomar el sentido que tenga ella en ésta, puesto que "*quotiens idem sermo duas sententias exprimit, es potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est*" (o, "cuando una misma frase tiene dos sentidos debe admitirse ante todo la que sea más adecuada al acto que se realiza") [JULIANO. Digesto. 50, 17, 67].

- para definir el sentido de un concepto, el intérprete podrá, además, valerse de una definición legal calificada o de la opinión jurisprudencial autorizada.

PASO SEGUNDO: Examen de la realización histórica del derecho

A través de este paso se observará cómo a través del tiempo ha ido variando la consideración del derecho fundamental, no sólo en el ámbito nacional sino también en el Derecho Comparado y en el Internacional.

Con respecto a este primer aspecto, no debemos olvidar que el elemento histórico de la Hermenéutica incluye ciertos actos a ser considerados:

- las normas derogadas por la Constitución, básicamente la de 1979;
- las normas inspiradoras de aquélla, básicamente la española de 1978; y,
- fundamentaciones expresas de los proyectos legislativos²³ -en nuestro caso, la actividad del Congreso Constituyente Democrático- (incluye: las exposiciones de motivos²⁴, los informes de las juntas de expertos, las actas de las comisiones de trabajo y las ponencias de las normas ante el órgano legislativo);
- la *ocassio legis* (aquella situación que fue la causa eficiente para la aprobación de la norma).

El valor que se le conceda en el caso concreto a cada uno de estos elementos de juicio dependerá tanto de la autoridad y autenticidad intrínsecas de la fuente, como del grado de correspondencia que exista entre la conclusión que deriva del examen de la fuente que se interpreta y ella misma.

²³ De esta forma seguiremos al *Originalism* dentro del *Interpretativism*.

²⁴ '*Uti lingua nuncupasset, ita ius est*' ('como la lengua ha hablado, así sea el derecho').

Especialmente lo que se busca analizar a través de este supuesto es cómo ha sido el tratamiento que se ha venido dando al derecho y qué pueden significar los cambios que se han dado. Esta transformación podrá tener un alcance trascendente o no.

Es muy difícil la comparación de la Constitución de 1993 con respecto a la de 1979 porque la actual prácticamente aparece como una reforma de esta última antes que como una nueva Constitución. No obstante, intentaremos dar algún ejemplo de los cambios que han podido darse.

Una muestra de ello se presenta en el caso de la igualdad, ya que en la Constitución de 1979 se afirmaba que hombre y mujer son iguales pero inmediatamente después agregaba que “[l]a ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón” (artículo 2.2), lo cual podía prestarse a una interpretación errónea considerándose a las personas del sexo femenino con mayores derechos con respecto a las del masculino. En la Constitución actual por su parte se evita hacer este tipo de consideraciones y sólo se considera la imposibilidad de discriminación por causas de sexo (artículo 2.2). Este cambio sí es elocuente; cierra las puertas a una discusión lingüística respecto a este tema.

Pero, al mismo tiempo, existen otras variaciones que no repercuten en el significado final de los derechos. Un caso paradigmático de esto puede ser la eliminación del artículo 3 de la Norma Fundamental derogada, según el cual las personas jurídicas eran titulares de derechos fundamentales si su naturaleza lo permitía (o “en cuanto les son aplicables”). En la Constitución de 1993 si bien no existe la mencionada norma, es perfectamente sustentable la titularidad de dichas personas, tal como lo explicaremos *infra*: el cambio constitucional no ha sido substancial.

PASO TERCERO: Relación de la norma con la Constitución

Ahora, lo que buscamos es encontrar la interrelación de una norma con otras para que complementen el sentido de ella. Este paso se realiza sobre un vínculo que reúne todas las normas e instituciones en un todo consciente.

En este punto, cabe recordar la división del método sistemático realizada por Rubio, por la cual se incluye como parte del acto interpretativo²⁵:

(a) La comparación de la norma con otras

Se atribuyen a aquélla conceptos que se encuentran claros en éstas. Para realizar esta empresa, utilizaremos cuatro argumentos lógicos²⁶, bajo forma de apotegmas:

- *a pari* ('donde hay la misma razón, hay el mismo derecho'), del cual brota el argumento a contrario (*argumentum a contrariis*: 'el que parte de la oposición entre dos hechos para concluir del uno lo contrario de lo que ya se sabe del otro');
- *a fortiori* ('con mayor razón', es la sentido del más fuerte);
- *ab minoris ad maius* ('si no puede lo menos, con mayor razón no puede lo más'); y,
- *ab maioris ad minus* ('quien puede lo más, puede lo menos').

(b) Su ubicación dentro de la Constitución

Se toma en cuenta la estructura normativa donde se encuentra el derecho para esclarecer su significado.

²⁵ El sistema jurídico. Ob cit pp. 261 y ss.

²⁶ Son diversos modos de razonamiento que hace uso el intérprete para deducir consecuencias del texto jurídico y aunque comúnmente se le relaciona con la integración, su uso en la interpretación no es para nada descabellado.

La integración se produce cuando ante un hecho no existe una norma jurídica aplicable. Sin embargo, tal como hemos afirmado, las normas presentan indeterminaciones, por lo que algunos de sus elementos a veces no se encuentran especificados y es necesario para encontrar el significado correcto de la norma -interpretar- utilizar los argumentos lógicos puesto que existe laguna no de una norma, como en el caso de la integración, pero sí de alguno de sus elementos.

En lo que hemos considerado como una configuración en forma de concreción, es necesario, para encontrar el sentido del derecho fundamental, los elementos que pueden ser recogidos de otros derechos. No estamos en el supuesto de correspondencia en el sentido concomitante ni en la situación relacional entre éstos, sino que gracias a su presentación similar recogemos los elementos necesarios.

Un buen ejemplo de lo que afirmamos podrá verse con más claridad en el Capítulo Tercero cuando expresemos el ámbito institucional de los derechos a la expresión y a la información. Si bien en el artículo 2.4 no se hace mención a su importancia para la democracia, acudiremos al artículo 3 de la Constitución que presenta los principios del Capítulo I del Título I: “principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. No es que exista una situación relacional entre ambos sino que a partir de uno de los artículos de la misma estructura normativa podemos comprender el sentido de un derecho fundamental.

2.1.3. La doble naturaleza de los derechos fundamentales

Sin contradecir nuestro proyecto antirreduccionista, habremos de admitir que, dentro de la discusión teórica actual, el planteamiento institucionalista de los derechos fundamentales -con cierto correlato en las teorías democrática y social- ha logrado acceder a una cierta primacía dentro del movimiento constitucional contemporáneo.

Esta preponderancia quizás se ha debido a su intento de fusionar la doble naturaleza -antes, siempre contrapuestas- de los derechos fundamentales²⁷. Y es

²⁷ Son diversos autores los que exponen un esbozo de naturaleza doble: Peter HÄBERLE. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. p. 213; Pablo PEREZ TREMPES. Criterios de interpretación de los derechos fundamentales. Op. cit. pp. 04 y 05; Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. La libertad

que cada derecho fundamental en el pasado hubo de ser analizado de acuerdo a su substancia: o como derecho público subjetivo (configurado como derechos-defensa) o respondiendo a una cualidad objetiva.

Esta diferenciación será primordial tomando en cuenta el 'rendimiento funcional' (aptitud para resolver en determinado sentido los problemas concretos que el régimen de los derechos plantea) de ambas posturas. Se es subjetivo -o negativo- si el derecho existe porque a determinada persona detentadora de éste debe respetársele. Se es objetivo -o positivo- si el derecho es independiente de que cierta persona sea la beneficiaria de él; se le reconoce por su importancia para realizar alguna actividad por sí mismo, coadyuvando a la existencia del Estado.

Esta doble naturaleza también marca el sentido que asumen en la actualidad los derechos individualmente considerados. En todo análisis que realicemos respecto a ellos debe estar presente la dualidad subjetivo-objetivo que incluyen en su contenido.

2.1.3.1. **Ámbito negativo**

Para que en el liberalismo se pueda hablar de derechos fundamentales, es preciso que éstos sean considerados como derechos subjetivos, buscándose así delimitar una esfera de autonomía individual dentro de la cual no quepa actuación estatal alguna.

informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales. pp. 137 y 138, seguida en Los derechos fundamentales. Op. cit. pp. 21 y ss.; Giovanni Francesco PRIORI POSADA. La tutela de los intereses difusos. Op. cit. punto 32; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ. Dogmática Constitucional. Talca: Gutenberg, 1997. p. 130; Antonio JIMENEZ-BLANCO. Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución. p. 64; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. Dogmática de los derechos de las personas en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. En: Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, nº 48 (dic.1994). p. 203; Luis PRIETO SANCHÍS. De las garantías de las

Tradicionalmente, se ha recogido el *status* negativo como la base de los derechos fundamentales -léase, libertad-; de esta forma: el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “La libertad consiste en hacer todo lo que no perturbe a los otros [...]”. Es en base a ello que en el Constitucionalismo liberal, derechos solamente existirán cuando logre “delimitar una esfera de autonomía individual dentro de la cual no quepa actuación estatal alguna”²⁸. En este sentido, más correcto que hablar de un derecho subjetivo es entenderlo como ‘pretensión’ o, como señala Alexy, un ‘derecho a algo’²⁹.

La teoría liberal representa la defensa de la libertad humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado. La vinculación para con el legislador es negativa, éste sólo debe dejar hacer; no puede impedir una actuación adecuada por parte del ciudadano. La referencia al carácter subjetivo de los derechos fundamentales es evidente.

2.1.3.2. Ámbito positivo

Muchos repararon en que los derechos fundamentales han dejado de ser meras libertades negativas, exclusivos límites frente al Leviatán estatal. La aparición de novedosas necesidades sociales de la población ha determinado que la concepción de los derechos fundamentales como derechos-defensa ya no sea idónea (se convierte en una condición necesaria mas no suficiente).

libertades y derechos fundamentales. Op. cit. p. 440; Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 88.

²⁸ FREIXES SANJUÁN, Teresa. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Op. cit. p. 30; además, Karl LOEWENSTEIN. *Verfassungslehre* (versión en castellano: Teoría de la Constitución). Barcelona: Ariel, 1976. 2ª ed. pp. 390 y 391, quien termina planteando la crisis de esta postura. Asimismo, para LAVILLA ALSINA, estos derechos subjetivos determinan y aseguran la posición jurídico – política del hombre en el seno de la comunidad social que la integra [Derechos fundamentales. Estado y Sociedad. En: LÓPEZ PINA, Antonio (dir.). La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 26]. O, como dice PÉREZ LUÑO, un derecho fundamental es la principal garantía de los ciudadanos del respeto y promoción de ellos como personas humanas [Los derechos fundamentales. Op. cit. p. 20].

Es por eso que aparece la postura objetiva de los derechos fundamentales, dentro de la cual éstos han asumido una actividad como verdaderas garantías de una situación real de libertad, del asentamiento del Estado sobre un sistema global de valores y la definición de este sistema a partir de un mínimo consenso político y jurídico sobre sus bases. Los espacios de funcionamiento de los derechos son algo organizado, debido a que se tratan de conjuntos normativos que pertenecen al modo de ser del aspecto corporativo de dichos derechos. De esta manera, se concretará el plan vital, convirtiendo aquellas esferas de sucesos en 'vida real' actualizada.

Sobre esta dualidad, es bastante claro Nogueira Alcalá, para quien los derechos fundamentales -o esenciales, como también los llama-, "no son sólo derechos que limiten el poder del Estado, sino que son derechos que deben impregnar cada uno y todos los aspectos de la vida jurídica de la sociedad en su conjunto, base del Estado"²⁹. Este doble carácter no debe ser concebido "como una mera yuxtaposición en el sentido de dos categorías o realidades articuladas sobre sí mismas de manera independiente que luego entran en relación a través a través de una conexión externa", sino como una 'coimplicación recíproca'³¹.

La implicancia del rol participativo del ciudadano en el Estado, ha permitido que Denninger proponga la existencia 'bienes jurídicos de democracia militante', esto es, un orden fundamental democrático caracterizado por la preservación de la apertura y libertad del proceso de creación de opiniones y voluntades, formación de la voluntad popular que se dé desde el seno de la sociedad -pasando por los partidos- hasta en los propios Poderes del Estado³². Esto, en buena parte,

²⁹ Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 187.

³⁰ Dogmática constitucional. Op. cit. p. 130.

De esta manera, "se ha reconstruido la propia noción de las libertades que dejan de ser ideas abstractas que se agotan 'en y para sí mismas', para devenir derechos humanos que se realizan 'con' los demás y 'en' un contexto social e histórico determinado" [PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las generaciones de los derechos humanos. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Revista de crítica y análisis jurisprudencial. Lima, año I, n° I, p. 281].

³¹ VILLACORTA MANCERO, L. La Constitución como 'tarea', cit. por Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Algunos aspectos del conflicto entre ellos. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. p. 84.

³² Democracia militante y defensa de la Constitución. Op. cit. pp. 460 y ss.

representa el sentido actual de los derechos fundamentales. Y es que éstos no garantizan la libertad del Estado sino la libertad en el Estado³³.

Tal como lo expresáramos, a partir de esta dicotomía entre concepciones negativas y positivas de los derechos fundamentales, surge una propuesta por parte de la teoría institucional, derivada del carácter doble de los derechos fundamentales. Esta 'tentación institucional' desde hace años ha estado presente en la discusión doctrinaria (básicamente, de la institución³⁴ nos llevó a la garantía institucional³⁵) ha anclado en la propuesta del aspecto institucional de los derechos fundamentales³⁶. Aunque el camino no ha sido pacífico, esta última es la que ha recogido la dualidad de los derechos fundamentales.

2.2. Elementos configuradores

Ahora nos toca examinar los elementos que posee cada uno de ellos. Éstos son dos de dos tipos: objetivos y subjetivos.

Este concepto de 'bienes jurídicos de democracia militante' procura la existencia de un orden fundamental libre y democrático. Para ello se requiere por igual de una libertad pluralista (sustento de los gobiernos del mundo capitalista) e igualdad de oportunidades (sostén del planteamiento socialista de democracia) [Ibíd. p. 464].

Se adhiere a este planteamiento Yvan MONTOYA VIVANCO. Bases conceptuales y político criminales para el estudio de la tutela penal anticipada contra la discriminación racial y xenofobia. Op. cit. p. 73.

³³ HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional). Op. cit. p. 71.

³⁴ En un primer momento, HAURIUO nos permite analizar lo que es la 'institución', la cual aparece como una organización social creada por un poder duradero debido a que contiene una idea fundamental aceptada por la mayoría de los miembros de dicha sociedad, y que requiere de tres elementos: una idea, que se concreta en una operación a realizar y en unos intereses comunes a defender; la adhesión de los miembros de la colectividad a dicha idea; y, el Derecho autónomo que surge de la idea fundamental que se convierte en la institución jurídica. Esta posición ha sido recogida en los textos de César LANDA ARROYO. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. pp. 329 y 330; Juan Carlos GAVARA DE CARA. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. pp. 89 y 90; Peter HÄBERLE. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. p. 167.

³⁵ SCHMITT ha de mostrar la manifestación básica de la 'garantía institucional', como concepto alternativo al de derecho fundamental. Aquella buscaba frente a los legisladores, la persistencia y respeto de instituciones básicas que sustentan el Estado, contraponiéndose al sentido de los derechos fundamentales como derechos de libertad [Teoría de la Constitución. Op. cit. pp. 175 y ss.; y remarcado por Peter HÄBERLE. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. pp. 183 y ss.]. La garantía institucional asumía como criterio de determinación la imagen maestra, concebida ésta como el perfil social del núcleo duro del propio derecho (aquella que la comunidad haga suya y que seguramente dependerá de las peculiaridades que la hayan caracterizado tradicionalmente).

³⁶ En el pensamiento de HÄBERLE ya coexisten los dos ámbitos en los derechos fundamentales repasados: una dimensión individual y una referencia a efectivas esferas vitales, propias del sistema democrático [La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. pp. 163 y ss.]. Este planteamiento se basa en el sentido de un contenido esencial, similar a la idea maestra de SCHMITT (aspecto que da la fuerza debida a la institución) y

2.2.1. Componentes objetivos

Está referido a qué pretendemos proteger a través de la norma³⁷. En él advertimos tanto al bien jurídico regulado como a los supuestos, objeto de protección.

Además, debemos advertir que este tema será en gran medida lo que tratemos de descubrir *infra*, motivo por el cual no es menester ahora desarrollarlo holgadamente.

2.2.1.1. El bien jurídico tutelado

Con respecto al bien jurídico, lo podemos entender de manera sencilla, como un interés jurídicamente protegido por el Derecho, en este caso por el Constitucional. Este interés debe ser vital para la persona o la comunidad.

En los derechos contemplados en el artículo 2 de nuestra Norma Fundamental, aparecen de manera más o menos clara la mayoría de los bienes jurídicos tutelados. Así podemos observar cómo la vida privada, la información, el honor o la expresión son bienes jurídicos constitucionales.

2.2.1.2. Los supuestos de hecho

la consideración de que el legislador realmente 'constituye' el derecho fundamental (ésta es la dimensión constitucional de la intervención normadora en materia de los derechos fundamentales del legislador, actividad configuradora, *aussgestaltung*).

³⁷ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. pp. 73 y ss.

Para ALEXY, el ámbito protegido y el supuesto de hecho han de ser definidos según el tipo de norma que se trate [Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 292].

Está referido a las acciones subsumibles dentro de la norma que establece el derecho fundamental, mostrando una protección adecuada para cada una de ellas.

Además, es importante revisar en este punto la función que pueda cumplir los derechos fundamentales³⁸: como libertad (derecho-defensa), como prestación, como derecho de participación o como *status activus processualis*. Dentro de este contorno de estudio, sería muy importante recordar los postulados de una teoría multifuncional.

Alexy tras descartar las teorías estrechas del supuesto de hecho, se adscribe a una amplia, la misma “que hace caer en el ámbito protegido todo aquello a favor de cuya protección habla el respectivo principio iusfundamental”³⁹.

Este tema, ampliamente complejo, deberá ser resuelto a partir del sentido que puede adquirir un derecho fundamental dentro del Ordenamiento Constitucional.

2.2.2. Componentes subjetivos

Los sujetos implicados son dos: los titulares -quienes se favorecen del derecho- y los destinatarios -los obligados por el mismo-. Éste es el sector primordial trabajado por los liberales (recordemos lo ya revisado sobre la naturaleza negativa de los derechos fundamentales) y que ahora debe verse reforzada por las corrientes doctrinarias contemporáneas.

Ambos sujetos poseen una actividad propia dentro del Constitucionalismo, razón por la cual, *ab utraque parte* requerimos un comportamiento adecuado al Derecho.

³⁸ HERNÁNDEZ MARTINEZ, María del Pilar. Constitución y derechos fundamentales. Op. cit. pp. 1049 y 1050.

³⁹ Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 311.

2.2.2.1. Los titulares

Los titulares son aquellas personas a quienes el derecho fundamental protege. Son los beneficiarios de la salvaguarda de cada uno de los derechos.

Todos los titulares, según Häberle, llenan con fuerzas creativas y con acciones personales el contenido de los derechos fundamentales, es decir, sus esferas de acción⁴⁰.

Básicamente -históricamente así lo ha sido-, titularidad se relaciona con personas naturales. Sin embargo, no son los únicos titulares. El avance de las concepciones sociales, así como el nuevo sentido de los derechos fundamentales y de las Constituciones, permite que nuevos sujetos adquieran este rango. Así, el Ordenamiento tiene la capacidad de determinar quién es el titular de los derechos fundamentales, tomando en consideración diversos aspectos como el de la nacionalidad, el carácter de personas jurídicas o naturales, y dentro de aquéllas, su naturaleza pública o privada.

En este sentido, un tema especialmente delicado es el referido al de las personas jurídicas. En doctrina se les reconocen derechos en cuanto su naturaleza lo pueda permitir (por lo que no logra equipararse a las personas naturales), llegando incluso a afirmarse, no sin tener detractores, acerca de su conexión con los derechos personalísimos, antes patrimonio de las personas naturales. Y esto es así debido a que en nuestra legislación se les admite su calidad de sujetos de

⁴⁰ La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. p. 190.

derecho. Al igual que las personas jurídicas, también podrán ser titulares, los concebidos y las asociaciones no inscritas, por el mismo motivo -con idéntico razonamiento- y en igual sentido. Existe discusión del mismo modo sobre la titularidad abierta y la de los extranjeros. Además hay casos de titulares, dentro de ciertas personas naturales, que poseen restricciones, como son por ejemplo los menores o los enajenados. Quienes definitivamente no adquieren este rango son los fallecidos.

Tal como podemos percatarnos, existen algunos entes que podrían ser considerados como titulares de derechos fundamentales:

(a) Personas jurídicas

La problemática de la titularidad en cuestión de las personas jurídicas no puede ser resuelta, en general, con relación a todos los derechos fundamentales; se deberá atender a cada derecho en particular para decidirse si la titularidad del mismo puede aplicarse también a estas personas⁴¹.

Para Hesse, en la concepción actual de los derechos fundamentales se “amplía el círculo de los titulares a las personas jurídicas nacionales, siempre y cuando su naturaleza permita la aplicación de los derechos fundamentales”⁴². Y esto es así porque se ha ido reconociendo poco a poco derechos fundamentales a diversas instituciones, según su actividad (veremos esa diferencia, por ejemplo, en los partidos políticos frente a las sociedades mercantiles). La consecuencia más importante de ello es la posibilidad de éstas de recurrir en Amparo. Sin embargo, el alemán no es tan generoso con la posibilidad de otorgar titularidad a las personas jurídicas de Derecho Público, salvo en los casos procesales (como a juez predeterminado por ley), puesto que las facultades que éstas poseen no surgen en

⁴¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Dogmática de los derechos de las personas en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. Op. cit. pp. 230 y 231.

Existen puntos de vista respecto la posibilidad de su configuración como titulares. Para algunos, que sean sujetos de derechos es mera ficción (sólo de esta manera puede ser titular de derechos). Para los menos, esto es imposible, niegan esta posibilidad (no puede ser titular). Para la mayoría, sí pueden ser titulares: estos son los organicistas o partidarios de la teoría de la realidad, postura de la cual participamos.

⁴² Significado de los derechos fundamentales. En: BENDA, Ernesto (coord.). Manual de Derecho Constitucional. Op. cit. p. 106.

virtud de derechos que se les reconozcan, sino gracias a las competencias otorgadas por el Ordenamiento con un contenido limitado⁴³. No poseen derechos fundamentales puesto que falta una referencia directa a la persona.

En esta tendencia, es importante rescatar lo que la Ley Fundamental de Bonn nos dice en su artículo 19.3 (“los derechos fundamentales se extienden a las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquéllos que le sean aplicables”). Debemos recordar, además, una referencia constitucional que estuvo presente en el Texto Constitucional de 1979 (artículo 3: “los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables”, similar al tratamiento germano). Esta norma ha desaparecido del Ordenamiento, pero no por ello creemos que es insustentable afirmar la titularidad de las personas jurídicas en el Perú, ya que el artículo 2 de la Constitución de 1993 expresa que “toda persona tiene derecho”, por lo que en ningún momento se restringe a las personas naturales. Además dentro de los procesos constitucionales no se hace distingo sobre qué tipo persona puede ser titular del derecho (artículo 200 de la Constitución; más claro aún, artículo 26 de la Ley 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo: “tienen derecho a ejercer la acción de Amparo el afectado, su representante, o el representante de la entidad afectada”).

Respecto a la adhesión a que las personas jurídicas adquieran derechos personalísimos, en el Derecho Comparado se han dejado de lado posiciones individualistas y se ha propuesto un concepto acorde con las necesidades actuales. La protección ya no ha de limitarse al interés legítimo de las personas jurídicas sino debe tender hacia una verdadera titularidad de los derechos fundamentales⁴⁴. Nosotros compartimos este punto de vista.

(b) Concebidos

⁴³ Existe una singularidad en el caso de que estas entidades se intercalen en determinadas áreas constitucionalmente protegidas por los derechos y subsistan con autonomía e independencia del Estado, como puede ser en el caso de las iglesias, universidades o empresas periodísticas. En este caso, según se percata ÁLVAREZ GARCÍA, el alemán, deja bien en claro que este planteamiento “no debe ser reconducido a las elaboraciones de SCHMITT que le llevaron a diferenciar entre derechos fundamentales y garantías institucionales” [El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 62].

⁴⁴ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. Notas acerca de la titularidad del derecho al honor, así como la protección de dicho derecho frente a posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas. Reflexiones a luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional Español en las Sentencias 139 y 183/95. Lima: Inédito, 1999. p. 09.

Siendo distinto a la persona natural, éste “es un sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”, tal como el propio artículo 2.1 de la Constitución lo señala. Entonces aparece como un titular especial y distinto, que tendrá derechos según su naturaleza se lo permita. En este mismo sentido se expresa el Código Civil en el artículo 1, el cual agrega que la “atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

(c) Extranjeros

Otro grupo de titulares corresponde a los extranjeros, quienes han ido ganando progresivamente derechos (como el de sufragio en elecciones locales), aunque sin alcanzar la totalidad de los mismos.

Al respecto, la Jurisprudencia Comparada ha extendido la protección de los extranjeros como titulares de los derechos fundamentales⁴⁵, aunque, al igual que en el caso de las personas jurídicas, esto no es desplegable para todos los derechos, sino los determinados según su esencia.

(d) Intereses difusos

Además, obligados por la aparición de novedosos problemas de acuerdo la época contemporánea, ha debido reconocerse una protección de los intereses difusos, permitiéndose una titularidad abierta, antes inimaginable.

Para Priori Posada, con su protección “no se busca la defensa o tutela de derechos en un sujeto determinado, sino del conjunto de sujetos, los mismos que muchas veces pueden no estar identificados”⁴⁶. Gracias a él no sólo se busca la protección o vigencia de artículos de la Constitución relacionados con el ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2.22), el medio familiar y comunitario (artículo 7), los bienes culturales (artículo 21) o los consumidores y usuarios (artículo 65), sino también con el derecho de las personas a recibir una información adecuada (artículo 2.4), tal como lo veremos en el capítulo siguiente.

⁴⁵ Caso *Söering* del Tribunal Europeo, rec. por Teresa FREIXES SANJUÁN. Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa. En: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol. Valencia, nº 11/12 (1995), p. 109.

⁴⁶ La tutela de los intereses difusos. Op. cit. punto II.

En esencia, la titularidad de los derechos fundamentales va mucho más allá de las personas naturales del propio país, sino que incluye conceptos tan amplios como los mostrados. En este sentido serán tomados a lo largo del presente trabajo.

2.2.2.2. Los destinatarios

Pero si existe un titular, éste deberá hacer efectivo su derecho frente a alguien. Este correlato se da en un segundo elemento, el de los destinatarios, concepto ampliamente relacionado con la fuerza de los derechos fundamentales, con su *vis expansiva*. Destinatario no significa solamente quien va a respetar el derecho de los demás, sino como es en el caso del Estado⁴⁷, quien va a promoverlos.

Dentro de una concepción liberal, las relaciones jurídicas sólo podrían realizarse entre los particulares y el Estado. En un primer momento, por ende, la eficacia se lograba con una actividad negativa de éste.

Sin embargo, este planteamiento resulta insuficiente, por lo que debemos acudir - para salvar dicha dificultad- a la teoría del *drittwirkung der grunderchte*, en el que si bien los particulares aún se encuentran protegidos frente a los poderes públicos, no menos cierto es que algunos derechos trascienden la esfera relacional para pasar a garantizar al particular en sus relaciones jurídicas con los

⁴⁷ Sobre todo en el mundo de hoy. Así, para WESTIN, "when computer systems made their way into government affairs in the 1960s [...], some social analysts warn that this new tool goint to upset traditional constitutional balances and threaten basic liberties" [*Civil Liberties in the Technology Age. Safeguarding the framer's guarantees requires a vigilant Congress and a watchful citizenry*. En: *Constitution (A journal of the foundation for the U.S. Constitution)*. v. 3, nº 1, Winter (1991), p. 56].

demás, peculiarmente con los grandes grupos de poder (económicos, políticos, terroristas, de ciencia y tecnología).

Se acoge así el carácter objetivo de los derechos fundamentales. Esta es la *horizontal application* o *horizontalwirkung* de los derechos, idea que se contrapone al plano vertical clásico.

El fundamento del efecto horizontal⁴⁸ de los derechos fundamentales se encuentra en la ‘tesis de irradiación’, la cual fuese formulada por la Jurisprudencia Comparada y según la cual las normas no son sólo derechos-defensa, sino que representan conjuntamente “un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia”⁴⁹.

Justamente el *drittwirkung* de los derechos tiene su soporte en el *status positivus socialis*⁵⁰ al surgir a consecuencia de las complejas relaciones existentes en el mundo de hoy, en donde los individuos se enfrentan a grandes grupos de poder, o a otros simples particulares como él. Lo que no se debe obviar es que la obligación que lleva implícito un derecho fundamental se presenta de distinto modo frente a los poderes públicos que ante los privados⁵¹. Como lo afirmara Von Münch, no todos los derechos fundamentales desarrollan esta vigencia horizontal; por lo tanto

⁴⁸ Asumida claramente por Ingo VON MÜNCH. *Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania. En: VON MÜNCH, Ingo y otros. Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada. Madrid: Cívitas, 1997. p. 31; Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. Los derechos fundamentales. Op. cit. p. 23; Konrad HESSE. Escritos sobre Derecho Constitucional. Op. cit. pp. 107 y ss.; Juan Carlos GAVARA DE CARA. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. p. 288; Teresa FREIXES SANJUÁN. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Op. cit. p. 73; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. Dogmática de los derechos de la persona en la Constitución española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. Op. cit. pp. 216 y ss.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 39, I (41). En la misma línea, la famosa Sentencia Lüth, BVerfGE 7, 198 (203, 207), rec. por Robert ALEXI. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 507.

⁵⁰ Partiendo de la teoría de los *status* de JELLINEK, que recoge cuatro *status* que forman parte del contenido de los derechos fundamentales: el pasivo o *subiectionis* (el individuo se somete al Estado, esfera de obligación individual), el negativo o *libertatis* (libre actividad de la persona), el positivo o *civitatís* (se reconoce al individuo la capacidad jurídica de pretender que el poder estatal actúe en su favor, garantizándole pretensiones positivas), y el activo o *activae civitatís* (se articula las competencias del individuo para la participación en la formación de la voluntad estatal) [*Grundrechte und Gesetzesvorbehalt*, rec. por Robert ALEXI. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. pp. 247 y ss.], se deberá aumentar un *status* más según la postulación de PÉREZ LUÑO: el *positivus socialis*, por medio del cual debe tenerse una posición omnicompresiva de los derechos fundamentales [Los derechos fundamentales. Op. cit. pp. 24 y 25].

⁵¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. Artículo 53: Protección de los Derechos Fundamentales. En: ALZAGA VILLAAMIL, Óscar. Constitución Española de 1978. Op. cit. v. IV, p. 461.

la frase correcta no es *drittwirkung* ‘de los’ derechos fundamentales sino *drittwirkung* ‘de’ derechos fundamentales⁵².

Sin embargo, para con el Estado la obligación ha de ser total, como dijimos no sólo de respeto sino también de promoción, ya que “son deberes primordiales del Estado [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” así como “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación” (artículo 44 de la Constitución).

Debemos decidir si esta eficacia debe ser inmediata (sólo se someterán los particulares a los derechos fundamentales por el hecho de estar en la Constitución) o mediata (se requiere a la previa actuación de los poderes públicos para articular la situación jurídica de los particulares frente a los derechos fundamentales). Según nuestro punto de vista hemos de asumir la inmediatez, tomando en consideración el carácter de eficacia directa de la Constitución (sobre este tema, véase el Capítulo Primero).

Entonces, se habrá de decir que los derechos fundamentales se podrán hacer efectivos, no sólo frente al Estado, sino además frente a los particulares. Ambos destinatarios de estos derechos, por lo tanto, están obligados a cumplirlos en la realidad: tienen el deber de promover y optimizar los derechos fundamentales. De esta forma los particulares han de presentarse como titulares y a la vez destinatarios de los derechos fundamentales.

⁵² VON MÜNCH, Ingo. *Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania. Op. cit. pp. 31 y ss.

Para el alemán, la relación particular que surge a partir de esta eficacia horizontal, el juez no puede modificarla, tal como lo sostiene la doctrina estadounidense de la *State Action* [Ibid. p. 43]. Un claro ejemplo de derecho que no puede tener vigencia horizontal es el de la extradición, que sólo puede ser ejercitado frente a un Estado, nunca frente a un particular.

En nuestra Constitución, si bien no hace una clara referencia a los *drittwirkung* de los derechos fundamentales, su reconocimiento puede derivarse de los artículos 1 y 200. Creemos que a esta proposición no quepa contestación alguna.

Según el artículo 1, corresponde tanto al Estado como a la sociedad en general, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, así no se restringe la eficacia de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos sino también frente a los privados.

Más claro aún resulta el artículo 200, el cual al momento de tratar las garantías constitucionales (para Hábeas Corpus en el inciso 1, para Amparo en el 2 y para Hábeas Data en el 3), señala que la vulneración de los derechos fundamentales puede ser realizada por cualquier autoridad o funcionario (ámbito estatal) y, he aquí la eficacia horizontal, por toda persona (ámbito particular).

Ha sido especialmente importante revisar esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales, puesto que en el caso de los titulares de los derechos de respeto propio (honor y vida privada) se han de enfrentar directamente a otros particulares -aunque también al Estado- como son los periodistas y propietarios de medios de comunicación social, así como cualquier otro individuo que en ejercicio abusivo de sus derechos de comunicación del discurso (expresión e información) se inmiscuya en el contenido de dichos derechos.

2.3. El acto de concretización

Ahora debemos tratar de dar el contenido real a los derechos fundamentales. Este proceso está altamente relacionado con el acto de configuración arriba estudiado. Lo que en este momento requerimos es dotar de sentido concreto a los elementos

antes mostrados⁵³. Todo esto se realizará en un ejercicio de delimitación, *begrenzung*.

Encontraremos dos tipos de perfiles que se encuentran dentro de cada derecho fundamental⁵⁴: el dintorno y el contorno. El primero es el interno, relacionado con el contenido esencial; el segundo, la frontera del mundo exterior que delimita su ser, entendido con los límites externos.

2.3.1. El contenido esencial

Concebido primero de manera negativa, el contenido ha pasado a ser el centro -o corazón- desde el cual se irradia la actividad interpretativa. Es decir, a partir de él fluye el desarrollo de los derechos fundamentales, en especial su concretización.

2.3.1.1. La modificación de su significado

En un primer momento, la tarea de concreción parecía estar destinada exclusivamente al legislador, puesto que éste con sus leyes desarrollaba el contenido constitucional del derecho. Entonces, tanto la doctrina como las propias Normas Supremas intentaron poner un coto a su trabajo para que él no desnaturalice el sentido de las normas. Éste fue la reserva de la ley.

Ésta presuponía la existencia de una ley, la cual debía ser susceptible de ser controlada constitucionalmente⁵⁵. Para pasar dicho examen requería

⁵³ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Op. cit. p. 43; en el mismo sentido, Samuel ABAD YUPANQUI. *Introducción a la Interpretación Constitucional*. Op. cit. p. 03 ('concretización creadora').

⁵⁴ ORTEGA Y GASSET, José. *El Espectador*, cit. por Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. *Dilemas actuales de la protección de la intimidad*. En: *Ius et Praxis*. Lima, nº 21-22 (ene. - dic. 1993), p. 23.

⁵⁵ Las normas de derechos fundamentales, y en esto debemos recordar el esquema puro de reglas formulado por la teoría argumentativa, pueden presentarse de diversas maneras: ya sea con una reserva ordinaria (se promueve un desarrollo normativo sin finalidad específica alguna), con una

determinados presupuestos: proceder de un determinado órgano, haber sido creada con arreglo a un definido procedimiento y tratar sobre una materia concreta. En estricto, deberá existir una determinación previa de los confines en los que se actuará.

Para realizar esta actividad, es necesario contar con dos tipos de cláusulas respecto a los derechos:

- de admisión (enunciados jurídicos que califican como jurídicos a otros enunciados);
- de rechazo (enunciados jurídicos que califican como no jurídicos a otros enunciados).

Pero la reserva de ley no puede ser la solución adecuada dentro del Constitucionalismo Contemporáneo. En este punto, coincidimos con la teoría institucional. Básicamente, aquélla se refiere a una actividad limitadora, no configuradora; se presenta en términos negativos, y la actividad del legislador (o de cualquier intérprete) habrá de realizarse de acuerdo a esa actividad. Tal como revisáramos, un verdadero desarrollo de los derechos fundamentales requiere preponderantemente de crear derecho, de dotarle sentido, eso sí todo dentro de una lógica que nos la proporciona el propio Texto Constitucional.

Entonces como concepto alternativo al de reserva de ley, surge el de 'contenido esencial', *wesensgehaltgarantie*, como espacio mínimo de los derechos

general (se autoriza una simple limitación), con una cualificada (se promueve un desarrollo normativo con alguna finalidad específica), con una de regulación o configuración (se promueve el desarrollo material de algún derecho) o sin reserva (el desarrollo normativo de estos derechos debe justificarse en la protección de bienes jurídicos de rango constitucional o de derechos fundamentales de terceras personas con las que se deben determinar sus contenidos).

fundamentales. A partir de él fluirá el verdadero sentido de los mismos, seguido de un contenido accidental.

Si bien para la mayoría el contenido esencial aparece como un concepto distinto al de reserva de ley, para otros, como Fernández Segado, ambos se refuerzan⁵⁶, y deberá ser considerado el primero como una cláusula de rechazo dentro del esquema de la última.

Pero la idea de un núcleo del derecho no es nueva. Recordemos que la garantía del contenido esencial tiene como precedente inmediato a la ‘imagen maestra’, *leit bild*, de una institución, entendida ésta como la protección de los rasgos constitutivos de ella. Para Solozábal Echavarría, esta imagen debe ser entendida en un triple sentido⁵⁷: con una regulación jurídica surgida a partir de la percepción social de la institución, con la determinación de su contenido por parte de los operadores jurídicos y con un Tribunal Constitucional como su guardián y definidor.

El concepto aparece en términos sencillos y tradicionalmente concebida como un límite a los límites, *schraken-schrank*⁵⁸, sin embargo ello sólo engloba un aspecto del contenido esencial -el referido a la limitación-. Entonces, es necesario retomar, para darle una eficacia real a éste, la teoría de los límites inmanentes que haga inmune el contenido esencial a los gobiernos, en la medida que los derechos se encuentran vinculados a la sociedad, *gemeinschaftsbinding*⁵⁹. Tomando como cierta esta premisa, se puede afirmar que a través del contenido esencial se dispone de una verdadera ‘médula de la concretización’.

⁵⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Dogmática de los derechos de la persona en la Constitución española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. Op. cit. p. 245.

⁵⁷ La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 89.

⁵⁸ El contenido esencial “limita la posibilidad de límite, señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales” [NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Dogmática constitucional. Op. cit. p. 185]. Además, Jerónimo AROZAMENA. La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. En: LÓPEZ PINA. La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 324.; Pablo PÉREZ TREMP. Los derechos fundamentales. Op. cit. p. 121 (los considera como “contralímite de los derechos fundamentales”).

⁵⁹ En la Jurisprudencia Comparada encontramos que “el concepto de núcleo esencial expresa asimismo, aquel mínimo irreductible de contenido de cada derecho fundamental, en modo alguno limitable por los poder públicos” [Sentencia C-373 de 1995, del Tribunal Constitucional colombiano, rec. por Humberto NOGUEIRA ALCALÁ. Dogmática constitucional. Op. cit. p. 170].

Aunque para algunos, el contenido esencial sólo ha de servir para la intervención pero no para su configuración (tesis restrictiva, en el que no se despega de las dificultades postuladas frente a la reserva de ley), según la mayoría, debe prestarse para cualquier aspecto del desarrollo normativo de los derechos fundamentales (tesis extensiva); esta última postura debe ser la considerada como válida.

Desde un punto de vista clásico (teoría liberal), las limitaciones sólo son admisibles para hacer compatibles el derecho de uno con el de los demás.

Pero, esta posición, a juzgar de Häberle, deviene en parva. Por eso, utiliza el concepto de los 'límites a los derechos fundamentales conforme a la esencia', el mismo que se extrae de la idea de que los derechos fundamentales deben ser interpretados en relación a la Constitución y en conexión con otros bienes constitucionales, notándose una gran influencia de Hesse y sus principios neutrales⁶⁰. En substancia, lo que se busca es que se establezca una 'transferencia hacia el interior' de los límites admisibles a los derechos fundamentales.

En estricto, el contenido esencial aparece como un elemento mínimo -en tanto valor absoluto- de cada uno de los derechos que lo hace reconocible y que impide su transformación en otro, siendo imprescindible para determinados conceptos jurídicos, estén o no plasmados en el Texto Constitucional.

⁶⁰ Para HÄBERLE, el carácter defensivo del contenido esencial (entendida como barrera última) no debe ser el único: posee también una apariencia positiva, "si se quiere de 'apelación' y 'ofensiva'", a través de las cuales "pueden fundar una ampliación y un enriquecimiento del ámbito de tutela de los derechos fundamentales hasta recoger nuevos 'elementos', y pueden dar lugar a una intensificación de radio de acción hacia ulteriores direcciones de tutela" [La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. p. 348].

Pese a su importancia, se debe reconocer (algo que es preocupante) que este aspecto del contenido casi no es reconocido ni en doctrina ni en jurisprudencia [Ibid. p. 349].

El concepto surge, como lo esboza Landa Arroyo, como un dato objetivo que se realiza y despliega en la sociedad abierta, pero que en encuentra en los conceptos jurídicos diversos elementos que inciden directa o indirectamente en la formación, proceso y resultado de la norma constitucional⁶¹. Por otro lado, para Pérez Luño, la intención del contenido esencial se centra en salvaguardar la institución, conjunto de la normativa constitucional y las condiciones histórico – sociales que forman el contexto de los derechos⁶².

Muy relacionado con este punto está la referencia a que, como lo ha señalado la Jurisprudencia Comparada, en todo análisis del Texto Constitucional debemos reconocer el núcleo esencial de derechos de la persona, el mismo que “pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución”, los mismos que para ser relacionados con la realidad requieren desarrollar una cultura en que se busque la utilización de estos valores diariamente conjuntamente con los derechos fundamentales⁶³. En este sentido debe tomarse la garantía normativa de la rigidez constitucional.

Como podemos ver, los derechos fundamentales han de encontrar seguridad en el contenido esencial. Se debe, en este sentido, relacionar este concepto con la idea que tengamos de aquéllos. A partir de este planteamiento, se pueden reconocer dos naturalezas jurídicas distintas que se proponen respecto al contenido esencial, pero, en conclusión, trazamos un esbozo mixto de posiciones subjetivas y objetivas, al depender el contenido esencial tanto de los sujetos como de los intereses o bienes a los que protege.

Explicaremos cada una de estas posturas. La subjetiva parte de identificar al contenido esencial con la situación jurídica de los titulares de los derechos fundamentales. La objetiva, en tanto, resalta la incoherencia que supone la

⁶¹ Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. p. 330.

⁶² Los derechos fundamentales. Op. cit. p. 78.

⁶³ Sentencia de la Corte Constitucional italiana del 29 de diciembre de 1988, rec. por Ángel Antonio CERVATI. El legislador de los derechos fundamentales. En: LÓPEZ PINA, Antonio (dir.) La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Op. cit. pp. 54 y 55.

aplicación práctica de la teoría subjetiva e intenta basarse en la norma objetiva que muestra un derecho fundamental.

Pero, decíamos que lo cardinal es considerar al contenido esencial como base del derecho. Pero, ¿cómo llegaremos a ello?. La Jurisprudencia Comparada nos ha dado una buena pista, al reconocerle un doble aspecto⁶⁴:

- i Como ‘naturaleza jurídica de cada derecho’: equivaldría al modo de concebirlo o configurarlo, constituyendo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y estaría relacionando el lenguaje utilizado en el texto constitucional y el metalenguaje (ideas generalizadas y convicciones admitidas entre los juristas).
- ii Como ‘interés jurídicamente protegido (núcleo y médula del derecho)’: se rebasaría el contenido esencial si quedase sometido a limitaciones que lo harían impracticable.

2.3.1.2. Como núcleo duro

Desde nuestro punto de vista, la discusión que nos parece capital en este tema reside en aceptar la teoría relativa o la absoluta respecto al contenido esencial, puesto que ello guiará nuestro boceto final sobre los derechos fundamentales.

Según una teoría relativa, el contenido esencial de cada derecho debe encontrarse en su relación con otros valores y bienes constitucionales que justifiquen limitarlos. Y es que el contenido esencial no es una medida en sí misma sino que se determina en relación con la Constitución y la totalidad de derechos reconocidos en su texto.

Con respecto a la teoría relativa, coincidimos con De Otto y Pardo cuando asevera que el problema, más que el de la libertad, está referido a la economía de la medida que se adopta contra ella, y es que “el paralelismo con el juicio de razonabilidad propio del principio de igualdad no puede ser más evidente: todo el juicio se centra en la medida en sí misma considerada, no en el derecho protegido y en la entidad de la lesión que se le impone”⁶⁵, por lo que se reduce el contenido esencial a un cometido procesal y argumentativo, pero no material.

Sin embargo, para Balaguer Callejón, la teoría relativa es la más razonable y congruente: demuestra “una visión progresista del Derecho y en donde el Derecho progresa en sintonía con la sociedad”⁶⁶.

Creemos que este planteamiento de los relativistas haría de cada derecho fundamental algo etéreo, volátil, puesto que ninguno de los derechos poseerían un contenido en sí mismo sino que dependería de otros que tampoco lo tendrían. En este sentido, una teoría relativa desconocería la esencia misma del derecho. Entonces, debemos acogernos a una teoría como la absoluta que rescata una sólida garantía de los derechos fundamentales. Es una fuente de la cual mana el sentido y la efectividad propia de cada derecho.

Por eso, planteamos que el contenido esencial debe ser un ‘núcleo duro’⁶⁷, en cuyo interior se debe trazar un círculo concéntrico cuya circunferencia es la frontera que no se debe traspasar en ningún caso, ni siquiera si se estuviese protegiendo otro derecho fundamental.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español II/1981 (de 8 de abril).

⁶⁵ La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. *Op. cit.* p. 128 y ss.

⁶⁶ El derecho fundamental al honor. Madrid: Tecnos, 1992. p. 135 (al final se adhiere a esta teoría).

⁶⁷ El término exacto para la definición ha sido materia de diversos trabajos. Es importante rescatar la asunción de esta teoría absoluta en las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán. Éste entiende al contenido esencial como núcleo absolutamente protegido (BVergfGE 34, 238, 245), como límite absoluto (BVergfGE 16, 194, 201), como límite extremo (BVergfGE 31, 58, 69) o como últimos ámbitos intangibles (BVergfGE 6, 32, 373, 379), rec. por Robert ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit.* pp. 288 y ss.

Häberle asume esta propuesta ya que “[c]onviene poner en relación la denominada teoría ‘absoluta’ (lo importante es el mínimo intangible de la libertad jurídico-fundamental) con la teoría ‘relativa’ (indagación de existencia de otros bienes y valores constitucionales que justifican limitar derechos fundamentales) en el sentido de pragmática integración de elementos teóricos. Se trata de ponderación de bienes y componentes absolutos no relativizables”⁶⁸.

Entonces, además de ser un núcleo mínimo el contenido esencial también es una indeterminación o apertura, por lo que se debe recurrir a una solución por parte del Tribunal Constitucional, utilizándose básicamente un criterio extracontextual. Por eso tomando en cuenta esta teoría absoluta, es imprescindible que a través de precedentes se vaya forjando en el país el contenido esencial de ‘cada’ derecho fundamental.

El contenido esencial de un derecho debe ser establecido sin olvidar su carácter de indeterminación genérica⁶⁹: su alcance y significado debe fijarse de acuerdo a cada derecho. Y esto se da así porque “el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamental”⁷⁰.

Así, en los siguientes dos capítulos trataremos de encontrar el contenido esencial de cada uno de los cuatro derechos que nos interesan (de la expresión, la congruencia; de la información, la veracidad; del honor, la simetría; de la vida privada, la corporeidad).

⁶⁸ El legislador de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 120.

Para DE OTTO Y PARDO, esta teoría absoluta, a la cual se acoge, indaga acerca de la proporcionalidad o exigibilidad del límite (relación entre este límite y el bien protegido) [La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. Op. cit. p. 129].

⁶⁹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. p. 271; ABAD YUPANQUI, Samuel. Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar. En: Themis – Revista de Derecho. Segunda Época. Publicación editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, n° 32 (1995). Lima, n° 21 (1992), p. 10.

⁷⁰ HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. p. 109.

Se podría argumentar ciertos reparos a la existencia de un contenido esencial absoluto. Si ya existe una teoría de los límites, ¿qué podría agregar dicho contenido? En pocas palabras, se sostiene que si existe una limitación consciente y dentro de los parámetros constitucionales, nunca se afectaría la esencia misma del derecho, por lo que crear una figura como el contenido esencial sería redundante en esta protección, y sólo lograría crear, al volverse sobreprotector, una debilidad en el propio derecho fundamental. Sin embargo, creemos que lo que nos ofrece el contenido esencial sí suma y no resta, siendo perfectamente compatible con las limitaciones y mucho más con la configuración.

Entonces si lo impenetrable es el contenido esencial, el resto del derecho se encontraría desprotegido. Esta premisa es inexacta puesto que lo exterior a éste (el contenido accidental) tendría una exigencia distinta: la limitación justificada (ambos requerimientos para la intervención se encontraría en yuxtaposición). Pero si sólo se le exige al legislador uno de ellos, el planteamiento del contenido esencial aparecería como insuficiente.

Justamente con la delimitación del contenido accidental se podría alcanzar lo que se creía una particularidad de la teoría relativa: la progresividad del Derecho. Éste se podrá adaptar a las nuevas necesidades sociales, dejando al núcleo esencial como el sustento de este contenido accidental. Así se descarta que con esta teoría se estaría petrificando el Derecho⁷¹.

Además, en una visión innovadora del Derecho, un contenido esencial absoluto encaja perfectamente en un desarrollo de los derechos fundamentales a través de la configuración. O sea cuando le brindemos sentido a un derecho, éste podrá surgir o irradiarse a partir del contenido esencial. Ya no es más un límite a los límites, sino un ‘verdadero núcleo de los derechos fundamentales’.

⁷¹ Para BALAGUER CALLEJÓN, con una teoría absoluta se estaría anquilosando el Derecho [El derecho fundamental al honor. Op. cit. p. 134].

2.3.1.3. La norma declarativa

Debemos hacer una precisión sobre lo que significa la presentación de la figura del contenido esencial dentro de una Constitución. Ésta no involucra un sentido constitutivo. Así, si bien se encuentra mencionado en diversas Constituciones⁷², la doctrina y jurisprudencia comparada han coincidido en reconocer su carácter declarativo.

La falta de plasmación constitucional no ha impedido a otros países aplicar este concepto, tal como lo ha hecho el Consejo Constitucional francés, la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional austriaco. Es más, en el caso itálico⁷³, la dificultad ha debido ser mucho mayor debido a que constitucionalmente no existe referencia a los derechos fundamentales.

Pero el Perú, ¿cómo ha de recibir esta figura? Aunque el contenido esencial posee un tenor declarativo, ninguna norma constitucional lo ha reconocido y lo que es realmente grave ni siquiera la Jurisprudencia nacional ha abrazado esta doctrina. Sin embargo, esto no es óbice para descartar su existencia en el Ordenamiento puesto que el contenido esencial debe estar presente en el espíritu de toda Constitución, incluyendo la peruana.

En nuestro país, según Abad Yupanqui, “aparte de los límites previstos por cada una de las normas constitucionales, no existe un dispositivo que con carácter general habilite al legislador a regular el ejercicio, configuración o delimitación del ámbito de protección de los derechos fundamentales y que le exija además el

⁷² Como la Ley Fundamental de Bonn (artículo 19.2), en la Constitución española (artículo 53.1) así como en la portuguesa (artículo 18.3).

⁷³ Tal como nos lo presenta Alejandro PACE. El legislador de los derechos fundamentales. En: LÓPEZ PINA, Antonio (dir.) La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 76.

debido respeto a su contenido esencial”⁷⁴. Sin embargo, debe concluirse que esta falta de plasmación no debe impedir la utilización de esta garantía por los órganos jurisdiccionales pertinentes.

Pero, como ya dijésemos, tampoco nuestra Jurisprudencia ha recogido esta materia, a diferencia de lo hecho en otros países latinoamericanos⁷⁵: a lo largo del discontinuo funcionamiento de nuestro Tribunal Constitucional⁷⁶ casi nunca se ha usado el término ni se ha hecho referencia a una doctrina como lo es la del contenido esencial.

En la única oportunidad en que una sentencia se aproxima a este tema es en caso de la Ley de Referéndum. En un voto singular se señaló, respecto a una garantía institucional de la Constitución, que sus “márgenes de regulación se ha dejado al legislador ordinario, imponiéndosele como límite el respeto de su núcleo esencial”⁷⁷.

En definitiva, el desarrollo de los derechos fundamentales presenta una definición de los ámbitos de especificación de sus elementos (en un sentido subjetivo y objetivo). Estos espacios deben surgir a partir de un contenido esencial como sustento del derecho y del cual fluye su concretización (ya sea como frontera de la limitación o como base para la configuración). Dentro de este esquema, los límites internos serán los pertenecientes al contenido esencial –inquebrantables- y los externos al contenido accidental –variables, según su relación con los otros derechos fundamentales y los cambios sociales-.

⁷⁴ Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 11

⁷⁵ Un buen ejemplo de esto es la Sentencia t-426/92, del 24 de junio de 1992 de la Corte Constitucional colombiana, la cual señala que los contenidos esenciales de los derechos fundamentales pueden comprenderse como “aquellas facultades o posibilidades de actuación para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse al tipo, desnaturalizándolo” [rec. por Luis Alberto HUERTA GUERRERO. Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 57].

⁷⁶ Tanto así que durante la existencia del Tribunal de Garantías Constitucionales (nombre usado desde 1983 hasta el autogolpe de Estado de 1992 en que fue disuelto), sólo hubo tres fallos, sin referirse en ninguno de ellos al contenido esencial, aunque en la primera de las sentencias (Expediente 001-87-1/TGC) se adscribió, quizás sin proponérselo, a la teoría de los límites inmanentes a los derechos fundamentales [rec. por Samuel ABAD YUPANQUI. Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales. Op. cit. pp. 12 y ss.]. La actual entidad ha seguido el deficiente ejemplo de su antecesora.

2.3.2. El contenido accidental

Es lo que está fuera de lo que consideramos contenido esencial pero aún dentro del derecho fundamental. En este punto debemos recordar los postulados de la configuración como parte básica de la concretización.

En la actualidad, se ha superado la idea de que los derechos fundamentales gozan de carácter absoluto, encontrándose sujetos a restricciones razonables y debidamente justificadas⁷⁸; el carácter limitado de los derechos no admite contestación alguna. Lo peligroso es que los márgenes de intervención estatal en los derechos se han acrecentado últimamente en nuestro país de manera desproporcionada y han desvirtuado en muchos casos el sentido de ciertos derechos.

Dentro de esta orientación, la ‘intervención’ (limitación realizada por los legisladores) aparece referida a alguna modificación no contraria a la Constitución de alguno de los elementos de los derechos fundamentales. Para que pueda ser realizada correctamente es necesario que se tomen en cuenta las posibilidades existentes: una restricción, *beschränkung*, respecto a los sujetos (destinatarios y titular), los objetos (supuestos de hecho y bien jurídico regulado por la norma) y la justificación constitucional de los límites a imponerse.

⁷⁷ Voto singular de los magistrados Francisco Acosta y José García Marcelo, en la Sentencia S-323 del Tribunal Constitucional, del 20 de diciembre de 1996, Expediente 003-96-I/TC, Inconstitucionalidad de la Ley 26592, Ley de Referéndum. fundamento I, seguido en los fundamentos 4, 6, 8 y 10. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/0003-1996-AI.html>.

⁷⁸ En esta línea, Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 96; Samuel ABAD YUPANQUI. Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 07.

Con respecto al objeto de protección de un derecho fundamental, las restricciones se han de realizar a través de los dos tradicionales límites⁷⁹: los internos y los externos. De ellos solamente nos referimos a los últimos; ya cuando hablábamos del contenido esencial tratábamos sobre los primeros.

(a) Límites internos

Básicamente hacen referencia a aquéllos que determinan el contenido esencial de los derechos fundamentales. Esencialmente, éstos “sirven para definir el contenido mismo del derecho, resultando, pues, intrínsecos a su propia definición; son las fronteras del derecho, más allá de las cuales no se está ante el ejercicio de éste sino ante otra realidad”⁸⁰.

(b) Límites externos

Están señalando a aquéllos que configuran el contenido accidental del derecho. Dentro de estos límites, la Jurisprudencia Comparada ha reconocido una tipología de límites que operan sobre los derechos fundamentales⁸¹: los fijados directamente en la Constitución; los derivados mediata o inmediatamente de ella ante la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales; y, los directa o indirectamente derivados del texto constitucional por la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionalmente tutelados.

La inclusión expresa de estos límites en la Constitución “no parece otra cosa que una reiteración” puesto que todos los derechos fundamentales “coexisten con otros

⁷⁹ Sin embargo, algunos consideran que los límites internos son los que surgen directamente de la propia Constitución y los externos los que son impuestos de una norma de rango infraconstitucional [GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Op. cit. pp. 159 y 160].

Esta postulación la consideramos errada puesto que todo límite debe surgir de la propia Norma Suprema (expresa o implícitamente), nunca a partir de las leyes, éstas solamente lo pueden declarar como una manera de interpretación por parte del legislador, pero no constituir un límite.

⁸⁰ PÉREZ TREMP, Pablo. *Los derechos fundamentales*. Op. cit. p. 118.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español 11/1981 de 08 de abril, rec. por Samuel ABAD YUPANQUI. *Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*. Op. cit. p. 08.

Es importante, en este punto, señalar la diferencia que postula PÉREZ TREMP, entre límites expresos (para derechos fundamentales) e implícitos (para otros bienes jurídicamente protegidos) [Los derechos fundamentales. Op. cit. p. 120].

susceptibles de ser negativamente afectados por un ejercicio abusivo de alguno de ellos”⁸².

Pero la realización verdadera del contenido accidental de los derechos fundamentales no solamente requiere de la limitación en el sentido tradicional sino también de definir correctamente el espacio de un derecho respecto a otro con el que suele confundirse. Aclaremos el tema.

2.3.2.1. Los clásicos límites

Usamos ellos cuando existe una situación de interlimitación entre los derechos, para lo cual debe buscarse un disfrute simultáneo -indispensable coexistencia- entre los derechos fundamentales o de éstos con otros bienes jurídicos que también gozan de protección constitucional.

Se reconoce que los derechos, por encontrarse dentro de un Ordenamiento Jurídico, deben conciliarse con los demás bienes protegidos, no pudiendo hacerse valer de modo absoluto frente a éstos, sin resultar un obstáculo la falta de expresa licencia constitucional para limitarlos⁸³. Por lo tanto, Barroso propone tres principios en que debe basarse toda limitación⁸⁴: no contrariedad con el Texto Constitucional, razonabilidad de la intervención y la congruencia con lo que se pretende defender. Un planteamiento similar será explicado *infra* respecto a la determinación de contenidos.

Entonces si los límites de cada derecho es, básicamente, otro derecho no puede entenderse como válida aquella frase tan común dentro de la interpretación: ‘el derecho se concebirá de manera extensiva y los límites de manera restrictiva’. Esta

⁸² MOLINA MATEOS, José María. Seguridad, información y poder: una perspectiva conceptual y jurídica de la criptología. Madrid: Incipit, 1994. p. 70.

⁸³ DE OTTO Y PARDO, Ignacio. La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. Op. cit. p. 107.

⁸⁴ *Interpreção e aplicação da Constituição*. Op. cit. p. 212.

premisa ha de quebrar, entonces, el principio de concordancia interna de la Constitución.

Así como los propulsores de la teoría del 'orden público constitucional' (sustentada en un modelo de ejercicio democrático), creen conveniente que para limitar los derechos se debe establecer que la esencia de la Constitución prevalece sobre el propio texto de la misma⁸⁵, utilizándose para ello la 'democracia como procedimiento', pensamos que para limitar los derechos fundamentales, en necesario fijarnos en las bases de la Norma Constitucional, y en ese sentido podremos utilizar la variedad de los principios existentes, y no solamente uno de ellos. Así conjuntamente con la democracia deberá utilizarse la dignidad de la persona.

La validez de estos límites, aparte de nacer del propio Texto Constitucional, ha sido reconocida de forma directa por las normas internacionales que nos rigen (la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica), las mismas que nos brindan, en el país, el marco adecuado para su concretización.

Partiremos afirmando que la Cuarta Disposición Transitoria y Final de nuestra Constitución nos remite, para el acto interpretativo de los derechos fundamentales, al parámetro del Derecho Internacional.

Por ello recurrimos, en primer lugar, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la misma que dispone en su artículo 29.2 que “[e]n el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos nos dice en su artículo 30, referido al alcance de lo que debe ser entendido como límites, que “[l]as restricciones permitidas [...], no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”⁸⁶.

En consecuencia, se puede aseverar que los límites deben estar en la propia Constitución (no sólo derechos fundamentales, sino también bienes protegidos); estar expresamente formulados, o al menos habilitados por el propio constituyente y que los límites estén constitucionalmente justificados. Sobre esta justificación ya nos encargaremos de hablar ampliamente cuando nos refiramos al principio de prohibición de exceso.

2.3.2.2. La debida diferenciación

Hacíamos referencia que los derechos fundamentales deben ser apropiadamente distinguidos de otros con los cuales puede ser fácilmente confundido.

Esto es sumamente importante en la determinación de contenidos -aunque haya sido poco valorado en el tratamiento doctrinal- puesto que en caso contrario uno podría incluir dentro de un derecho fundamental, supuestos de hecho que pertenecen a otro, y de esta forma se estaría desvirtuando por completo el sentido verdadero de aquél.

⁸⁵ Aunque, como dijese MARSHALL, “nunca debemos olvidarnos que lo que estamos interpretando es la Constitución” [cit por Carla PEGORARI RODRIGUEZ. La Interpretación Constitucional. Op. cit. p. 103].

⁸⁶ Además el artículo 29 nos presenta las normas de interpretación: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y, d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Por ejemplo, ¿qué sucede si no diferenciamos correctamente el contenido de derechos como creencia y expresión? Esto puede llevarnos a soluciones inverosímiles. Así, nuestro derecho a no-revelar el nombre de nuestra religión podría erróneamente ser protegido por el artículo 2.4 cuando lo adecuado sería que lo sea por el 2.3.

3. La dimensión concomitante de los derechos fundamentales

Tras haber revisado a grandes rasgos lo que la dimensión individual incluye, ahora pasamos a la segunda parte de nuestro proceso de determinación de contenidos.

Con los resultados logrados en el punto 2, incluyendo la determinación de las alternativas de los derechos en soledad, debemos analizar qué haremos para vincular de la mejor manera posible los derechos fundamentales en relación dentro de una Norma Fundamental que está caracterizada por su 'perfección interna'.

3.1. 'Los' derechos fundamentales

El desarrollo de los derechos fundamentales adquiere una relevancia inusitada cuando debe delimitarse correctamente el contenido de dos de ellos. Y esto es así debido a que los límites de un derecho se dan básicamente por la existencia de otros. La proximidad entre ellos y su relación directa con otros bienes jurídicamente protegidos, permite que se requiera una correcta determinación de sus contenidos accidentales.

Debe quedar claro que esencialmente haremos mención a los derechos fundamentales en el sentido de los principios del modelo argumentativo. En ellos como es posible la optimización de su extensión, no deben existir colisiones y menos aún conflictos.

Nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido el carácter limitado de los derechos fundamentales y su relación con la determinación de los contenidos de los derechos⁸⁷.

3.1.1. La evolución en el tratamiento de los derechos

Cuando revisamos cualquier libro que trate el tema de los derechos fundamentales, ya sea como los derechos en general, o en casos específicos (es muy común en los derechos de respeto propio y comunicación del discurso) es directa la referencia que se hace a dos formas clásicas de solución de la situación relacional. Tanto la colisión como el conflicto forman parte de todos los tratados revisados (¡hasta se los trata como sinónimos!), pero creemos convenientes hacer reparos a ambas, aunque en el caso de la colisión, solamente requerimos de una dilucidación de conceptos.

3.1.1.1. Tratamiento como conflicto

Desde siempre, se ha propuesto la solución de la situación relacional entre los derechos fundamentales como si todos ellos fuesen reglas. Por lo tanto han

⁸⁷ Sentencia del Expediente 003-90-1/TGC del fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales, rec. por Samuel ABAD YUPANQUI. Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 08.

intentado hacer primar un derecho sobre otro, cuando la solución inmejorable era optimizarlo, deviniendo en desacertado el resultado como conflicto.

Entonces, que un principio elimine a otro, o quizás crear una excepción del estilo de las reglas, resultaba ser una mezcla inadecuada (y perjudicial) a la luz de las soluciones para las relaciones entre las normas de derechos fundamentales.

Tal vez la propuesta más interesante de este tema -aunque algo más moderada- recae en las 'libertades preferentes'. En el pensamiento jurídico del mundo anglosajón, se ha intentado expresar que todo derecho posee un valor propio, por lo que la interpretación se hará de acuerdo a la fuerza que posea. Se podrán sobrevalorar unos derechos frente a otros, aunque sólo *prima facie*.

Así lo ha concebido la teoría valorativa, gracias a la postura de la '*preferred freedoms*', construcción expuesta dentro la Jurisprudencia de los Valores. Dentro de ella, la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica ha elaborado una lista en la que se muestra un orden a seguir para el acto de solución de colisiones.

Esta primacía se presenta en el plano abstracto, ya que para poder actuarse frente al conflicto real entre los derechos fundamentales se deberá utilizar la técnica del *balancing*. Por su intermedio, al contraponerse dos valores, deberá determinarse cuál de ellos prevalecerá o cómo sería el contrapeso entre ambos. En esencia, lo que se busca es que se respete el equilibrio constitucional y la efectividad de los derechos en su conjunto. Aquí se distancia sustancialmente del tratamiento clásico del conflicto.

Este planteamiento justamente se parece a la ponderación abstracta, según el cual se busca determinar una jerarquía entre diferentes bienes jurídicos⁸⁸. Las contradicciones existentes entre los derechos se resuelven a partir de dos modos: o estableciendo una relación de jerarquía o preferencia en la aplicación de una de las normas constitucionales sobre la otra; o, utilizando la mejor forma en que han de aplicarse ambas normas a la vez. Así, la solución será una decisión de preferencia expresamente estipulada en la Constitución. Para los críticos de esta postura, un solo análisis de los supuestos de hecho y las normas a aplicar permitirán valoraciones subjetivas.

Pero, ¿existe de hecho jerarquía entre derechos? Antes de responder esta pregunta conviene un análisis a partir de los criterios de preferencia entre los derechos fundamentales y sus intentos para jerarquizarlos.

Los diversos sistemas de clasificación de los derechos fundamentales toman en cuenta la tradicional y muy conocida diferenciación de las generaciones de derechos⁸⁹: los civiles o políticos (los de primera generación); los económicos, sociales y culturales (los de segunda); y, los de la solidaridad (los de tercera).

Con la base de esta división generacional, Pérez Luño presenta tres formas de sustentar esta desemejanza⁹⁰: la teleológica (referida a los fines perseguidos por cada uno de ellos), la material (basada en el contenido de ejercicio) y la formal

⁸⁸ Recordemos que el método de equilibrio de bienes abstracto tiene como finalidad la averiguación de los intereses de rango superior que tienen preferencia sobre un derecho fundamental para la resolución de una situación relacional.

⁸⁹ En contraposición con este planteamiento, los norteamericanos, tal como ya lo señalábamos líneas arriba, han trabajado un determinado orden, el cual es el siguiente (desde los más importantes o los menos trascendentales), tal como lo manifiesta FREIXES SANJUÁN: la primera enmienda a la Constitución (como las libertades de religión, conciencia, asociación, reunión y expresión); cualquier derecho que las incorpora prevalecerá sobre el resto; las categorías sospechosas (derechos que defienden niveles de carácter étnico, extranjeros, hijos ilegítimos, mujeres); los intereses fundamentales (como el de igualdad o el acceso a la justicia); la *substantive due process* (derechos sustantivos a la persona, como la intimidad y personalidad), los mismos que han sido concretados a través de la tradición, ideología o adaptación a los intereses generales de la mayoría; y, por último, cláusulas de privilegios e inmunidades del artículo IV de su Constitución [Estructura Jurídica y función constitucional de los derechos. Op. cit. p. 61].

⁹⁰ Los derechos fundamentales. Op. cit. p. 161; además, sobre la triple concepción de los derechos en la Historia, Las generaciones de los derechos humanos. Op. cit. p. 280.

(según los instrumentos de garantías). Sin embargo, esta triple razón de división no es compartida por Eguiguren Praeli, para quien los criterios admitidos deberían basarse en tres aspectos⁹¹:

(a) De acuerdo a su 'origen y reconocimiento'

Esta pauta se encuentra sustentada en el distinto momento en que los derechos fundamentales aparecen y logran afirmarse nivel internacional. Los de primera generación son los primeros en aparecer, por lo que su consolidación e importancia es mayor que la del resto, ya que los derechos sociales recién se generalizan a nivel nacional con las Constituciones mexicanas (1917), soviética (1918) y de Weimar (1919), mientras que los de tercera generación datan de un tiempo muy cercano.

Por ello se afirma que cada uno de estos grupos es el resultado de valoraciones ideológicas y políticas particulares al responder a distintos contextos históricos y a concepciones políticas diversas. En conclusión, se afirma que estos derechos nunca han tenido las mismas características ni histórica ni políticamente hablando.

(b) De acuerdo a su carácter de 'suspendibles e inderogables'

Si todos los derechos fueran iguales, el respeto de todos sería exigible en todo momento, pero ello no es así en la realidad.

En tal sentido, la Convención Americana, en su artículo 27.2, haciendo alusión a la suspensión de garantías, separa del resto de derechos un 'núcleo básico intangible de derechos inderogables'.

(c) De acuerdo a su 'momento de aplicación'

⁹¹ ¿Tienen los derechos humanos igual jerarquía? En: *ius et veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año III, nº 4 (1992), pp. 03 y ss.

Para OSORIO MELÉNDEZ, la importancia y relación de los derechos se verifica según su valor en la realización personal del ser humano, su significación para la propia, su realidad ontológica, su grado de conciencia sobre la realidad y su dependencia con la época [Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 45].

Por este criterio mientras los derechos de primera generación tienen aplicación inmediata, los de segunda y los de tercera necesitan de una progresividad en normas de carácter programático.

En síntesis, si bien entre los derechos fundamentales forman un concepto completo, al estar en interdependencia (por la igual valoración que presentan en el sentido de la protección), no puede negarse las diferencias entre ellos⁹², lo que no implica conferir mayor o menor valor a determinados derechos⁹³, pero sí reconocer que algunos cuentan con mejores niveles de exigibilidad inmediata, de concreción material, de protección, de efectividad e inderogabilidad.

Asimismo, no debemos olvidar la característica de integralidad de los derechos fundamentales, tal como lo afirma el Relator Especial de las Naciones Unidas en su Informe sobre la realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1992 al expresar que “todos los derechos humanos y libertades son indivisibles e interdependientes; *ergo*, debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”⁹⁴. El marco presentado nos podrá ser de mucha ayuda al momento de considerar la ubicación de una norma de derecho fundamental dentro de sus relaciones con otras.

Todo ello nos deberá obligar a construir una ‘cultura’ de los derechos, en la que, en palabras de Häberle, no exista esfera que no se vea permeada por los derechos fundamentales⁹⁵.

⁹² Para HÄBERLE, esta ‘particularidad’ de cada derecho fundamental puede encontrarse en su historia concreta o ‘edad’, su diferente formulación textual en las Constituciones, los *leading cases* de la Jurisdicción Constitucional, la correlación con sus derechos fundamentales ‘vecinos’, la diversidad de modo e intensidad con las cuales los derechos se coordinan, la diferente relación con el grupo, su desemejante significado para la economía, la cultura o en relación con el grupo, su conexión más o menos intensa con el principio democrático y su cualidad totalmente diversa para los fines educativos [La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. p. 267]; además, Domingo GARCÍA BELAÜNDE. La interpretación constitucional como problema. Op. cit. p. 72.

⁹³ Una clara explicación sobre la valoración de los derechos fundamentales puede ser encontrada en Robert ALEXI. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. pp. 154 y ss.

⁹⁴ Éste es un bosquejo del tema de ¿Qué son los derechos humanos?, que puede ser encontrado en la página web del PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN (PROVEA) – ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS. Derechos Humanos. Caracas, 1998 (ult. rev.). http://www.derechos.org/ve/que_son.

⁹⁵ El legislador de los derechos fundamentales. En: LOPEZ PINA, Antonio (dir.) La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 101.

3.1.1.2. Tratamiento como colisión

Otra solución, y que hasta ahora sigue considerándose como válida, ha sido una primacía entre los principios en el plano real. No se negaba la existencia de uno de los derechos sino mas bien cuando se ‘enfrentaban’ dos derechos en un caso verdadero, se proponía una solución determinada, parecido al estilo de la excepción de las reglas, tal como lo estudiaremos a continuación.

Conforme a su planteamiento incompleto de los derechos (sólo reconocía el ámbito subjetivo de los mismos), la respuesta ante una situación relacional entre dos principios que la teoría liberal nos presenta no está asentado solamente en el ‘*in dubio pro libertate*’ como medio de determinar la primacía, sino primordialmente en el principio de prohibición de exceso (por el que se integrarían la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales), y en otro principio, cual es el de armonización (referida a una interpretación coherente y consistente de la Constitución)⁹⁶.

Sin embargo, este planteamiento peca de personalista al permitir que los derechos de corte individual, se impongan sobre los de índole social, al sustentarse en la defensa del ser humano en una faceta privada.

Dentro de la teoría moral-jurídica, se intenta solucionar las colisiones entre los derechos fundamentales a través de la ‘respuesta correcta’, por medio de la cual se deberá elegir al principio que tenga mayor fuerza de convicción,

En un sentido parecido se expresa PEREZ LOPEZ, para quien la Constitución es “la regulación jurídica de los órganos de poder y la norma suprema otorgante de la validez a todo el ordenamiento jurídico de un Estado” [Ubicación y definición de la interpretación constitucional. Op. cit. p. 149].

independientemente de ser moral o positivado. No interesa la calidad del derecho en colisión, sino cuál de ellos tiene la mayor fuerza en el caso concreto. La solución entre normas en conflictos se da declarando a una inválida.

En ese sentido, para Dworkin, la filosofía jurídica está fundamentada en los derechos individuales -sobre todo en los de igual consideración y respeto- como triunfos frente a la mayoría. Sin embargo, al coexistir estos derechos positivos con los morales, en caso de colisión entre ellos debe analizarse el caso concreto, y, si se interrumpe el sentido de uno positivo, dicha interferencia se deberá fundamentar en la práctica democrática. Y es “que tales restricciones podían ser justificadas apelando a los derechos morales que tienen los individuos contra la mayoría, y de los que se puede decir que están reconocidos y protegidos por las estipulaciones constitucionales sean éstas ‘vagas’ o precisas”⁹⁷.

El mayor acierto de esta teoría está en proponer la justificación como forma de delimitar correctamente los contornos de los derechos. Sin embargo, este planteamiento ha sido objeto de innumerables críticas, debido a que existe un olvido respecto a los derechos positivados y los somete ante los derechos morales. A pesar de ello, en muchas oportunidades los tribunales han utilizado la defensa de ciertos bienes, aún no estando declarados expresamente en el Constitución, pero que se infieren de ella; estos bienes podrían asimilarse al sentido de los derechos morales, aunque si estos últimos no tienen sustento alguno en el texto de la Norma Superior, no deberán ser aceptados.

Colisión indica que “[c]uando el ejercicio de un derecho fundamental dentro de su ámbito propio incide en el ámbito de otro es cuando se produce una colisión, que

⁹⁶ Planteamiento de LERCHE, cit. por César LANDA ARROYO. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit. p. 326.

⁹⁷ Los derechos en serio. Op. cit. pp. 78, 212.

habrá de resolverse tratando de respetar al máximo el contenido esencial de cada uno, y en tanto no sea posible, dando primacía a uno de ellos”⁹⁸.

En fin, tanto la propuesta moral-jurídica como la liberal no satisfacen las expectativas para el encuentro de una solución a las situaciones relacionales que estén acorde al nuevo entendimiento de la Norma Constitucional.

Sin embargo, el tratamiento como colisión también ha sido trabajado por los institucionalistas y los argumentativos (revisar *infra*). En ambos casos, el resultado puede llegar a ser el mismo que el que proponemos. A pesar de ello, somos partidarios de ciertos ajustes que nos llevan a proponer la ‘determinación de contenidos’.

Discrepamos principalmente de esta propuesta en la utilización del término ‘colisión’. Todo lo que engloba dicha palabra es lo que imposibilita nuestra adscripción a su designación. Si bien consideran que la Constitución integra elementos como un todo único y omnicomprendivo, ello debe surgir de un entendimiento meramente teórico e ideal. La realidad nos invita a pensar en que la relación interna entre los derechos es muy complicada y presuponen una ‘colisión’, un enfrentamiento que debe ser resuelto tomando en consideración ciertos criterios que traten de neutralizar los efectos negativos de esta lid interna. Con este punto de vista disentimos. Ahora expliquemos por qué.

3.1.1.3. Tratamiento como determinación de contenidos

⁹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información). Madrid: Cívitas, 1993. p. 37.

Creemos que las propuestas presentadas pueden ser revitalizadas tal como la Teoría Constitucional Contemporánea nos exige. En un caso, alejándose claramente de un tratamiento ajustado al sentido de las normas de derecho fundamental; en el otro, si bien la solución final no dista de la nuestra, sí discrepamos de ella en la concepción inicial del asunto. Por eso confirmamos e insistimos en nuestra propuesta de determinación de contenidos como la satisfacción óptima del tratamiento de la situación relacional.

A nuestro entender, la realidad también nos presenta una ‘perfección constitucional’. Recogiendo los parámetros de consistencia propia de la Constitución y concordancia interna, nuestra Norma Fundamental acoge en sí principios -en el sentido argumentativo- que solamente pueden moldearse desde una visión de ‘coordinación en función unificante’. El constituyente ha considerado como parte de la vigencia de la Constitución determinados principios que deben coexistir en un sentido de corrección dentro ella misma, tanto en lo abstracto como en lo concreto.

Por ello, el legislador y la Jurisprudencia, secundados por la doctrina, tomando como base la configuración del derecho (en sentido de constitución o concreción), han de encontrar en el plano real la perfección que el constituyente ha demandado de ellos. Lo que haremos con los derechos al honor, vida privada, expresión e información, será encontrar una delimitación correcta de sus límites sin aceptar para nada la ‘colisión’ entre ellos ni menos asumir su choque. Son derechos cuyos contornos deben estar definidos o, mejor dicho, a punto de definirse.

Sin embargo, pese a esta divergencia de punto de vista con los colisionistas, la cuestión de fondo termina siendo similar. Utilizaremos tanto el método de la ponderación, como el principio genérico de la prohibición de exceso. Detallaremos, además, en supuestos específicos el límite adecuado de cada derecho (para ellos, como colisión real; para nosotros, como determinación de contenidos accidentales).

Por estos puntos de apoyo entre el tratamiento como colisión y el de determinación de contenidos, es sensato y juicioso, revisar ciertos presupuestos emergidos de las Teorías de Derechos Fundamentales que han intentado solucionar esta situación relacional.

(a) Las 'reglas de preferencia'

Los argumentativos, tras diferenciar reglas y principios, señalan que una determinación de estos últimos se realiza a través de una solución basada en la 'dimensión del peso' de cada derecho; esta solución se ramifica en dos: o en una ley de colisión, o en el uso de las tres gradas, aunque ambas concluyen en la formulación en una regla de precedencia.

(b) La triple condición

La Corte Interamericana de Derechos Humanos -al igual que el Tribunal Europeo- ha propuesto una solución basándose en una triple condición: legalidad, fin legítimo y la proporcionalidad⁹⁹. Creemos que éstas confluyen en un principio genérico como es el de la prohibición de exceso, tal como veremos líneas abajo.

⁹⁹ CORTE AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículo 13 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985. párr. 39 (aunque lo desdobra en cuatro supuestos ya que legalidad se subdivide en dos).

En una similar línea se manifiesta, el Tribunal Europeo en una diversidad de sentencias. , como las de los casos *Kruslin* (1990), *Sunday Times* (1979), *Groppera Radio AG* (1990) o *Dudgeon* (1983). Justamente refiriéndose al tratamiento de este tema en el Viejo Mundo, algunos tratadistas han explicado esta triple condición, entre ellos, Teresa FREIXES SANJUÁN. Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. pp. 102 y ss.; Jordi BONET. El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Barcelona: PPU, 1994. pp.

(c) Contenido propio y límites internos

Derivada de la teoría institucionalista, nace la postulación del contenido propio y los límites internos¹⁰⁰, según la cual una determinación correcta se presentaría por cuatro pasos¹⁰¹: la identificación de los límites internos de cada derecho, la verificación de la concurrencia de los presupuestos formales de la limitación de uno de ellos, la valoración acerca del carácter justificado o no de ello y el respeto del contenido esencial de los derechos.

Habiendo precisado el marco en el que deben ser entendidas las situaciones relacionales entre los derechos fundamentales, pasemos ahora a explicar la forma cómo ha de formarse la curva de éstas.

3.1.2. El desarrollo de la norma en un conjunto normativo

Para realizar el trabajo adecuado es necesario rescatar lo que la segunda parte del acto de eliminación de incertidumbre nos exige. El uso de tres pasos deviene en elemental en esta punto.

PASO CUARTO: Adecuación a los parámetros constitucionales

Lo que buscamos en este quinto paso es, gracias a cuatro parámetros, reconocer la realidad propia de la Constitución en tanto entidad jurídica y política, y así

205 y ss.: Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En: Revista de Estudios Políticos. Segunda Época. Madrid, nº 70 (oct. - dic. 1990), pp. 93 y ss.

¹⁰⁰ Término recogido por Eloy ESPINOZA-SALDAÑA. Notas acerca de la titularidad del derecho al honor, así como la protección de dicho derecho frente a posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas. Op. cit. pp. 02 y 03, derivado de las sugerencias de los trabajos de Peter HÄBERLE. La libertad fundamental en el Estado de Derecho. Op. cit. pp. 109 y ss., e Ignacio DE OTTO Y PARDO. La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. Op. cit. pp. 141 y ss.

¹⁰¹ Tal como lo ha planteado esquemáticamente T. S. VIVES ANTÓN. Delitos contra el honor. Op. cit. pp. 684 y 685, seguido por Juan Carlos CARBONELL. Libertad de expresión y derecho al honor: límites mutuos. En: Cuadernos Jurídicos. Revista Mensual de Derecho. Barcelona, año 3, nº 21 (jul. - ago. 1994), p. 54.

determinar correctamente el sentido de los derechos fundamentales en un sentido relacional.

Estos parámetros son los de consistencia propia de la Constitución, concordancia interna, actualización de las normas constitucionales y la adecuación axiológica.

Mejor expliquemos cada uno de ellos:

(a) Consistencia propia de la Constitución

Este principio, en un primer momento, se referirá a la Unidad de la Norma Fundamental (interdependencia entre los distintos elementos del Corpus Constitucional), para luego, a través de la Eficacia Integradora, demandar la preferencia de resultados que promuevan dicha unidad constitucional.

En este primer principio, según el grado de coherencia y consistencia lógica de la interpretación, analizaremos cuál es la fuerza de convicción de la Constitución. Es por ello que Häberle expresa que los derechos fundamentales deben ser examinados mediante una visión en conjunto de los mismos, que tome en cuenta el significado que tienen éstos como elementos constitutivos de un sistema unitario, siendo por ello -al igual que los bienes jurídicos constitucionales- el presupuesto de la 'coordinación en función unificante', *einheitsbildende zusammenordnung*, que la Constitución se propone alcanzar¹⁰². En conclusión, la Norma Fundamental debe entenderse según, lo que denominamos, como 'perfección constitucional'¹⁰³.

(b) Concordancia interna

¹⁰² La libertad fundamental. Op. cit. pp. 56 y ss.

¹⁰³ Cada Constitución es 'completa' en el sentido que en ella están reflejada 'todas' las posibilidades de derechos y obligaciones fundamentales del Estado. Así, la Constitución "además de fundamentar la unidad y validez del ordenamiento, se integra resueltamente en él" [PRIETO SANCHÍS, Luis. Artículo 53. Op. cit. p. 45]. "Entonces, y sólo entonces, se puede hablar de plenitud del término de unos derechos humanos vigentes. Sólo cuando los derechos humanos se hallan inscritos en la consciencia cívica de los hombres y de los pueblos actúan como instancias para la conducta a las que se puede recurrir. Las normas, las instituciones y los jueces son condiciones necesarias, pero no suficientes, para el efectivo disfrute de las libertades. Esa necesidad de adhesión social es también del todo predicable respecto al constitucionalismo" [PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio. Ob. cit. p. 45].

Este segundo parámetro, muy relacionado con el anterior, intenta determinar -y conceder- a cada uno de los derechos un contenido propio. Esto básicamente se produce por la condición de principios –argumentativos- que tienen determinados derechos fundamentales. De esta forma, debemos encontrar los límites correctos entre los derechos; así, evitaremos toda posibilidad de colisión entre ellos puesto que los derechos son moldeables en su intensidad, y menos habrían de desaparecer.

La concordancia interna se encuentra muy relacionada con el acto de ‘optimación’, el mismo que recoge el método de ponderación y el principio de prohibición de exceso, tal como lo estudiaremos *infra*.

Así, en Jurisprudencia Comparada se ha propuesto que todas las normas de los derechos fundamentales “deben ser interpretadas y aplicadas en su integridad de tal manera que resulta inadmisibles como método de interpretación o como criterio de juzgamiento, la aplicación apenas parcial de un precepto para hacer valer algunos de sus efectos dejando otros inaplicados”¹⁰⁴.

(c) Actualización de las normas constitucionales

Según este parámetro, la Constitución debe tener un efecto integrador a través del cual un cambio social o de jurisprudencia no debe perjudicar su consistencia, pero sí lo hará de manera indirecta con el sentido de las normas involucradas.

Para Monroy Cabra, “lo importante no es saber qué quería el legislador cuando elaboró la norma sino qué diría si viviera hoy y estuviera enfrentado a la actual situación social”¹⁰⁵.

(d) Adaptación axiológica constitucional

¹⁰⁴ Sentencia C-445, de 20 de octubre de 1994 de la Corte Constitucional colombiana, rec. por Samuel ABAD YUPANQUI. Introducción a la Interpretación Constitucional. Op. cit. p. 04; Luis Alberto HUERTA GUERRERO. Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales. Op. cit. pp. 40 y 41.

¹⁰⁵ Introducción al derecho. Op. cit. p. 245.

Si bien la interpretación nos remite un precepto objetivado de valores que proporciona la propia Norma Suprema y el intérprete carece de discrecionalidad absoluta, éste logra disponer de una creatividad -al ser un activista constitucional- 'dentro' del orden jurídico. Éste es el margen de la *Living Constitution*.

Y afirmamos esto porque la Constitución no sólo posee normas jurídicas sino también contiene normas netamente políticas, las mismas que se presentan como valores y principios¹⁰⁶. Con ellas, el intérprete debe relacionar la comprensión de un derecho fundamental con los preceptos superiores que rigen la Norma Constitucional. Esta escala axiológica se debe tomar como el marco en el cual se realizan las actividades interpretativas.

El constituyente nacional consideró cinco principios explícitamente, dado el carácter encauzador que tienen para el Ordenamiento:

- la defensa de la persona humana (artículo 1), al ser destacado como fin supremo de la sociedad y del Estado;
- el respeto de la dignidad de la persona humana (artículos 1 y 3)¹⁰⁷;
- la soberanía del pueblo (artículo 3), al autoproclamarse como principio;
- el Estado democrático de derecho (artículo 3);

¹⁰⁶ FREIXES SANJUÁN, Teresa y José Carlos REMOTTI CARBONELL. Los valores y principios en la interpretación constitucional. En: Gaceta Jurídica. Lima, t. 55 (jun. 1998), pp. 60/A y ss.

Para estos autores, los valores son cláusulas generales o finalidades no jerarquizadas entre sí, que incorporan contenidos materiales a la Constitución, cumplen funciones orientadora, informadora y crítica de todo el Ordenamiento y delimitan el significado de las normas. Similar al valor, DWORKIN propone la existencia de una 'directriz' (o 'directriz política'), la misma que está referida "al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado" [Los derechos en serio. Op. cit. p. 72].

Los principios son fórmulas de derecho fuertemente consensuadas que albergan en su seno gérmenes de normas jurídicas, siendo menos indeterminadas que los valores; son normas inferidas de una interpretación operativa sobre las normas constitucionales, constituyen proyecciones normativas a partir de elementos reglados y contienen la génesis de normas indeterminadas pero predictibles. Poseen un sentido distinto al del esquema de ALEXY: para el alemán las normas-principios son mandatos que "pertenecen al ámbito deontológico"; en tanto, los valores, y los principios que ahora revisamos, "tienen que ser incluidos en el nivel axiológico" [Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 141].

En fin, para PÉREZ LUÑO, aparte de su función hermenéutica, tanto principios como valores son derechos fundamentales. [Los derechos fundamentales. Op. cit. pp. 61 y ss.].

¹⁰⁷ Pese a referirse a una experiencia nacional específica, RUIZ MIGUEL considera que si bien "la dignidad no es un derecho fundamental, la doctrina ha advertido con claridad el carácter de 'fuente de los derechos fundamentales' que tiene" [El significado jurídico del principio de la dignidad de la persona en el Ordenamiento español. En: Scribas. Revista de Derecho editada por estudiantes y egresados de Derecho de Arequipa. Arequipa, año 1, nº 2, p. 143].

- la forma republicana de gobierno (artículo 3).

Sin embargo, creemos que los principios que rigen una Constitución no solamente son los que se presentan de manera manifiesta sino que además de ellos pueden agregarse otros encontrados según un estudio completo de la misma y que podrán irse descubriendo de acuerdo a las necesidades que la realidad va creando y conforme lo posibilita la Constitución.

Además de los principios y valores, tampoco debemos olvidar en este tema el rol que muchas veces juega el Preámbulo dentro de la Interpretación. Rige el sentido general de lo que la Constitución va a expresar; recordemos en este punto, el *bloc de la constitutionnalité*. En la de 1993, el legislador ha sido muy escueto en el contenido del Preámbulo (“El Congreso Constituyente Democrático, invocando a Dios Todopoderoso, obedeciendo el mandato del pueblo peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra Patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución”), a diferencia de la de 1979, que era un modelo para otros países¹⁰⁸. En él, ahora no podemos encontrar una pauta válida para orientar el sentido de una norma de los derechos fundamentales.

PASO QUINTO: Utilización de las ciencias humanas y morales

Tras la culminación del estudio de la Constitución como elemento jurídico-político, la interpretación deberá apoyarse en ciencias enlazadas con el Derecho para poder darle el marco adecuado. Debemos recordar aquí lo planteado por la Teoría Social de Interpretación.

El aporte de las ciencias humanas, en este sentido, resulta ser fundamental. Entre las principales estarán la Psicología, la Antropología, la Medicina, la Criminología, la Ciencia Política, la Sociología y las Ciencias de la Comunicación.

¹⁰⁸ El propio HÄBERLE refería su importancia en su relación con la real vigencia de los derechos: “El Preámbulo de la Constitución del Perú (1979) expresa su decisión de fundar un Estado democrático, ‘que garantice el respeto de los derechos humanos a través de instituciones estables y legítimas’” [El concepto de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 86].

Esto es así porque “el Derecho no es un fenómeno válido por sí mismo, sino un instrumento normativo de la sociedad y, como tal, un subproducto de dicha sociedad, explicable básicamente a través de ella y necesariamente adaptable a sus características”¹⁰⁹. En este sentido debe encontrarse el ‘efecto integrador’ de la interpretación constitucional¹¹⁰. En efecto, el acto interpretativo “no se limita tan sólo a lo que está escrito en la ley (constitucional), sino que sirve también a la confirmación de lo que se desarrolla en la realidad social”¹¹¹.

Además, creemos sumamente importante, referirnos a ciertos aspectos religioso-éticos, que pueden coadyuvar a una mejor explicación de la sociedad -y por ende, de la Constitución-. La importancia de la moral puede ser trascendental en la comprensión de ciertos problemas comunitarios, sobre todo en poblaciones creyentes como lo nuestra.

Tanto es cierto ello que la propia Constitución le asigna una función trascendental dentro del Ordenamiento Nacional (artículo 50: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración [...]”). Además, no debemos olvidar que para entender el mundo interno de cada persona, y en sus relaciones, necesariamente debemos acudir a los preceptos morales y religiosos.

PASO SEXTO: Previsión de consecuencias

Este último paso se relaciona con un análisis de los posibles efectos que tendrá el acto interpretativo, debido a que todas las predeterminaciones que subordinan la

¹⁰⁹ RUBIO, Marcial. El sistema jurídico. Op. cit. p. 256.

¹¹⁰ STEIN, Torsten. Criterios de interpretación de la Constitución. Op. cit. p. 140.

¹¹¹ HÁBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. p. 263, acercando su teoría institucional a la social.

creación interpretativa -sobre todo la que es propia del órgano de control constitucional- se coordinan con el deber de sopesar y prever los efectos de ésta.

Entonces, si bien básicamente lo que ha realizado el intérprete ha sido detectar el significado completo de las normas constitucionales que le interesa, ahora debe confrontar idealmente este producto con la realidad -la que nos engloba-, para poder así medir los resultados de su acto. Si de esto sale airoso, podrá continuar su actuación y aplicarlo en el mundo real, dejando así el meramente intelectual. No puede ser irrelevante para el intérprete qué resuelve, debe intentar imaginarse sobre base sólida cuáles serían las secuelas que traería consigo su acto interpretativo.

3.2. Un procedimiento metódico

Atendiendo a la calidad de principios -en el sentido argumentativo- de los derechos que nos avocan en el presente trabajo, vamos a desarrollar a partir de ahora las dos fases que involucra el acto ponderativo de los derechos. Primero, y éste es el tema que nos ocupará en este punto, estableceremos las situaciones relacionales entre los derechos. Luego, realizaremos la determinación final de contenidos.

Esta actividad debe ser realizada con suma delicadeza. En primer lugar, porque centraremos específicamente los sectores de cada derecho que deben ser determinados; si no los reconocemos apropiadamente, la labor de desenlace puede resultar incompleta. En segundo término, porque presentaremos las

herramientas necesarias para realizar el trabajo determinativo: el uso de criterios adecuados es nuestra guía imprescindible para la solución última.

Para llegar a construir esta curva de relaciones, es necesario pasar por un doble momento de trabajo: primero fijarnos en cada derecho en concreto, para luego cotejar las opciones individuales para hacerlas concordar y recién así formar una verdadera relación entre ellos.

3.2.1. Identificación de las situaciones relacionales

Tras analizar cada uno de los derechos fundamentales por separado ahora relacionaremos cada posibilidad de éstos a través de la combinación de los dos espacios de contingencias en relación. Entonces, a partir de dos espectros de posibilidades se creará uno solo.

El intérprete deberá explorar acerca de qué posibles rangos de menoscabo/protección de cada uno de los derechos fundamentales concurrentes pueden darse simultáneamente. Para lograr ello debemos observar a cuál situación de uno de los derechos fundamentales le corresponde cada una de las alternativas posibles existentes para el otro.

En este caso debemos crear 'relaciones de causalidad' probables, las cuales habrán de hallarse a través de un análisis empírico (se escrutará en qué medida la protección de un derecho ha de ocasionar, inexorablemente algún efecto en la protección del otro).

Como conclusión, al final, llegaremos a establecer una única curva de situaciones posibles. En esta curva trabajaremos la delimitación final de los derechos fundamentales. Y esto se dará gracias a la utilización de criterios que pasamos a analizar.

3.2.2. Los criterios de evaluación

Ahora, al tener el objeto idóneo de nuestro trabajo -la curva-, lo primero que debemos hacer es trasladar las valoraciones realizadas para cada derecho en particular a la situación relacional, siendo de nuestro interés exclusivamente la apreciación de cada derecho en aquel espacio.

A partir de esta evaluación valorativa, se estará especificando la conexión coste/beneficio de cada una de las situaciones concomitantes. Nuevamente en este punto se podrá tener en cuenta tanto los datos del coste y beneficio absolutos como los marginales¹¹², según sea el caso de incremento o disminución del nivel de protección del interés. En fin, lo que se debe lograr al final es encontrar una ‘determinación de contenidos’, una que se encuentre dentro de lo aceptable constitucionalmente y que utilice los principios que rigen cada uno de estos derechos en la Norma Fundamental.

Para lograr esto es imprescindible el uso de determinados criterios, los mismos que podrán ser genéricos, es decir utilizables para todos los derechos

¹¹² “Una curva de indiferencia es un medio para la representación de la relación de sustitución de los bienes” [ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 161].

Además, “[q]uien dice que una afectación muy intensa sólo puede ser justificada mediante un grado de importancia muy alto de la satisfacción del principio opuesto no dice todavía nada acerca de cuándo se da una afectación muy intensa y cuándo un grado de importancia muy alto” [Ibid. p. 164]. Lo que se indica, por el contrario, es un adecuado enunciado de preferencia.

fundamentales, o específicos, aprovechable para un caso concreto de determinados derechos.

Los criterios generales nos invitan a un triple análisis de la determinación de contenidos. Éstos han de basarse en las distintas formas en que se presentan las justificaciones.

3.2.2.1. La prohibición de exceso

Una solución que optimice derechos fundamentales, siempre debe basarse en los criterios que la propia Constitución lleva consigo, aunque no lo exprese directamente. Por eso utilizaremos una comunidad de criterios varias veces enunciado, cual es el de la 'prohibición de exceso' (también llamado, proporcionalidad en sentido amplio).

Esta 'prohibición de exceso' incluye tres criterios, los mismos que se derivan de algún control o test y que son los idóneos para la ponderación concreta¹¹³. Estos son¹¹⁴: el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad (en sentido estricto).

a. El criterio de adecuación

¹¹³ Casi siempre se confunde sobre la utilización del equilibrio de bienes y la prohibición de exceso dentro de la optimización. La respuesta no es tan complicada: mientras el principio cuestiona la relación entre el objeto y el efecto de la determinación de contenidos de los derechos fundamentales (en palabras de HÄBERLE, que "los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sea el adecuado" [La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. p. 127]), la aplicación del método supone un proceso ordenado para que esta determinación pueda llevarse a la práctica.

Derivado del test de idoneidad, encontramos el criterio de adecuación. Según éste, la determinación de contenidos debe ser congruente con la Constitución y debe responder a una 'suficiencia' del resultado. Éste permite una clara alusión a los parámetros constitucionales de la consistencia propia de la Constitución y concordancia interna de la misma.

Lo primero a observar es la existencia de un propósito de posible relación entre dos derechos fundamentales, para que a partir de allí, se pueda constatar cómo se ha de 'adecuar' la solución: la finalidad debe ser fundamentada en o derivada de la propia Constitución, sin contradecir su texto y manteniendo algún tipo de relación entre los derechos.

A partir de la aplicación de este subprincipio pueden ocurrir dos tipos de errores:

- uno en el pronóstico (si es que no se puede prever con el transcurso del tiempo si una solución de determinación pueda ser inadecuada o que el análisis sea inconveniente; para ello deberá tenerse en cuenta que el intérprete deberá elegir entre varias posibilidades para alcanzar su objetivo); y,
- otro de cálculo (cuando termina siendo idónea parcialmente).

El sentido de una 'determinación adecuada' se ha de ver complementada con el sentido de las normas. Es el mismo límite que nos indica la interpretación constitucional: si bien existe una actuación integrativa y creadora, el texto mismo no puede ser vulnerado bajo esta excusa.

Pero además el conocimiento por parte de las personas de lo que las normas refieren es importante para exigirles su cumplimiento o realización en la realidad.

¹⁴⁴ Sobre el tratamiento de estos criterios como parte de un propósito común genérico, Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit. pp. III y ss.; Juan Carlos GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Op. cit. pp. 295 y ss.; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Dogmática*

Existen dos condiciones¹¹⁵ para establecer si la solución a la que arribemos cumple o no con este requisito.

(a) Accesibilidad

El individuo debería conocer que los supuestos de la norma le son aplicables¹¹⁶ y bastaría para ello con que la norma se encuentre en El Peruano, aunque no debemos olvidar la existencia de errores penales (sobre todo el culturalmente condicionado) como una forma de apertura ante el desconocimiento de la norma.

(b) Previsibilidad

Las normas legales deberán estar prescritas con la conveniente precisión como para que se adopte una conducta adecuada a las mismas y prever los efectos de su transgresión. En general, y según la Comisión Interamericana, este término se refiere a “toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales”¹¹⁷. Esto viene dado por la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas y la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley.

Pero no sólo no debemos preocupar por la legalidad para conocer la adecuación de nuestra determinación de contenidos. El resultado también debe poseer un ‘fin legítimo’, es decir no debe cercenarse ni impedir a cualquiera de los derechos de que cumpla la función para lo cual fue creado y se le reconoció su identidad constitucional. En fin, no se afectará el contenido esencial de cada uno de los derechos en relación, puesto que ello conllevaría la ilegitimidad de la solución.

constitucional. Op. cit. p. 184; Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Madrid: Colex, 1992, pp. 192 y ss.

¹¹⁵ Subdivisión planteada por la CORTE AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 39; en idéntico sentido, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 93 y las sentencias Kruslin (A 176-A, 29, 1990) y Huvig (A 176-B, 28, 1990) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, rec. por Carlos RUIZ MIGUEL. El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Civitas, 1994, p. 93.

¹¹⁶ ‘*Leges ab omnibus intelligi debent*’ (‘las leyes deben ser comprendidas por todos’).

b. El criterio de necesidad

Criterio que surge del control de la necesidad y que importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Por ello, se debe decir que este criterio analiza la ‘prescindibilidad’ o no de la solución; es elegir entre las medidas posibles, la ‘más benigna’.

Se ha argüido que esta regla de decisión presenta debilidades, puesto que empíricamente es muy difícil determinar cuál es la más favorable. Sin embargo, nos remitiremos a una pauta como lo es la eficiencia para salvar este escollo.

Por la eficiencia se debe buscar la solución que cause menos perjuicios a los derechos: éste es el sentido de la optimización, lo cual se traduce en los términos de Pareto en que se trate de buscar una situación tal que sea imposible hallar una alternativa que al mismo tiempo permita mejorar la situación de uno de los derechos sin perjudicar al otro. El concepto propuesto es uno dinámico, que en realidad propone una situación ideal a la cual es muy difícil llegar¹¹⁸.

La valoración jurídica del derecho fundamental no sólo deberá realizarse tomando en cuenta los datos mensurables matemáticamente, al ser la mayoría de datos del derecho de difícil cuantificación. Asimismo estos términos económicos sólo podrán ayudarnos desde la perspectiva social como parte integrante de una Norma Fundamental: su análisis se limitará a coadyuvar un pensamiento jurídico de dichos conceptos en cuanto puedan ser aplicados según una visión netamente constitucional.

¹¹⁷ Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, nº 4, párr. 14.

¹¹⁸ Sin embargo, existe una variable a este Óptimo, que es el Criterio dado por Kaldor y Hicks, según el cual ‘alguien puede mejorar y otro puede empeorar pero este deterioro no es tan grave como la ganancia’; esto es, la mejora es mayor que el daño (análisis costo-beneficio de la situación).

Es importante en este punto revisar cuál es el margen que nos indica el Ordenamiento Jurídico para optimizar. Este reconocimiento habrá de realizarse desde un punto de vista trascendental: la eficacia.

Por ella, cuando dos derechos se encuentren en situación relacional, debemos ver en qué grado la normatividad permite el sacrificio de ciertos ámbitos accidentales de uno u otro, o qué solución según el legislador, aparece como la adecuada.

Para la Corte Interamericana, la necesidad rebasa el contenido y el aseguramiento de la democracia: se debe proteger todo el espectro de principios y así las “causales de responsabilidad [deberán ser] necesarias para asegurar los mencionados fines”¹¹⁹.

Por ello debemos recordar que para nosotros, la necesidad de una solución de acuerdo a la determinación de contenidos accidentales no puede hacerse sin considerar los valores, principios y Preámbulo que rigen nuestra Norma Fundamental. En este punto es muy importante recordar el parámetro constitucional de la Adecuación Axiológica.

Entonces, el sentido conveniente de la necesidad estará en la confluencia de la eficiencia (según óptimos de Pareto) y la eficacia (mejor rendimiento funcional de la Constitución en su conjunto).

c. El criterio de proporcionalidad

¹¹⁹ Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 39. Se debe concebir a la necesidad en un doble sentido: como un criterio imperioso para asegurar una necesidad social (no sólo implica un examen de los fundamentos sino también de la extensión e intensidad de la delimitación de acuerdo a las circunstancias del caso) [Caso Sunday Times (1979), rec. por RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión. Op. cit. p. 18] e imprescindible para la existencia una sociedad democrática (es decir que se respete el Estado de Derecho, y por ende, la Constitución).

Este criterio, obtenido gracias al test de racionalidad, insiste en que la determinación de contenidos no afecte a uno de los dos derechos optimizables. Está básicamente referido a la ‘racionalidad’ del resultado, entendido como la conveniencia constitucional del objeto o finalidad de la determinación de contenidos.

Aquí encontramos que “una decisión legislativa no puede situarse fuera de relación con el objeto perseguido (en su formulación negativa) como que la decisión legislativa debe mantener una relación razonable con la finalidad perseguida (en su formulación positiva)”¹²⁰. Entonces, tal como lo ha señalado la Jurisprudencia Comparada, “al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho”¹²¹.

Dentro de este criterio se deberá atender a una razonable apreciación de la situación en la que se halle el sujeto que pueda resultar afectado¹²².

Siempre hemos buscado que el Derecho no sólo sirva para problemas jurídicos, sino también para que la sociedad sea cada vez más justa. Por ello dentro de la proporcionalidad debemos acudir a un patrón de justicia.

Está dispuesta en una triple faceta: respecto a las garantías formales, respecto a los preceptos materiales básicos del Ordenamiento y respecto a las cuestiones distributivas.

Por la primera, toda solución no debe ser perjudicial para los principios que aseguran la seguridad jurídica; en esto se refleja la fuerza de una garantía como es la normativa. Por la segunda, debemos entender que dentro de esta garantía no

¹²⁰ Así se expresa la Jurisprudencia Comparada: las sentencias del Tribunal Constitucional federal alemán BVerfGE 7,337 (407) y 10,89 (117)

¹²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español 62/1982, y reiterada en 35/1985, 35/1986, 160/987, 209/1988, 113/1989, 178/1989 y 154/1990, rec. por Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. La degradación del derecho al honor. Op. cit. p. 65.

sólo estarán considerados los principios y valores en el sentido de directrices, sino además a los 'Principios Generales del Derecho'. Las cuestiones distributivas suponen impiden que el ejercicio de un derecho (ya sea por parte del Estado o de terceros) afecte al de otro, con la posibilidad de ser protegido el afectado con vías expeditivas.

Entonces, proporcionalidad será encontrar un resultado de determinación que a la vez sea racional y justo.

3.2.2.2. Los criterios específicos

Al costado de los criterios genéricos de la prohibición de exceso, encontramos criterios específicos que deben ser usados solamente para ciertas relaciones entre derechos.

Cuando estudiemos en el Capítulo Quinto, los criterios para determinar correctamente los derechos de comunicación del discurso (expresión e información) y de respeto propio (honor y vida privada) no serán solamente usados los de prohibición de exceso sino los de 'desarrollo colectivo', concepto en el que se incluyen dos criterios: la proyección pública y el interés del público.

Entonces, la virtud de estos criterios específicos es que coadyuvan la función de los genéricos tomando en cuenta la especiales condiciones y características que envuelve la situación relacional entre dos derechos.

¹²² FÉRNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Dogmática de los derechos de las personas en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. Op. cit. p. 248.

3.2.3. El resultado final

Ya habiendo realizado una actividad previa al acto mismo de la determinación, es menester en este punto saber cómo finalmente debe concluirse el trabajo de optimación. A partir de la correcta delimitación de los derechos fundamentales, podremos asimismo, conocer cómo se pueden vulnerar éstos, en virtud de un uso extralimitado de uno que se encuentre en situación relacional con él.

Luego de establecer coste/beneficio y tomando en cuenta los criterios a utilizarse, debemos iniciar la ordenación de alternativas. A través de ella, se intentará ser establecer un acomodo de las opciones según el grado de deseabilidad de las mismas. Con ello se logrará salvar el parámetro constitucional de la Consistencia Propia y efectivizar el de Actualización de las normas.

El acto de ordenación de las posibles alternativas no puede basarse únicamente en juicios descriptivos de la realidad ni tampoco en normas jurídicas expresas. Entonces, al tratarse de una decisión sólo mediatamente determinada por las normas, es primordial contar con una definición clara de los conceptos a definir y de los criterios a utilizar, que expresen en la realidad una escala de deseabilidad de las alternativas de las situaciones relacionales.

Sin embargo, ninguna solución válida podrá afectar el contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales. Reiteramos: la determinación de contenidos debe producirse en el contenido accidental de los derechos.

Para los argumentativos en este punto del análisis de las situaciones relacionales debe acudir a las denominadas reglas de determinación o de preferencia; la concomitancia entre los principios se resuelve a través de una gran cantidad de reglas. Estas reglas permiten una solución definida en los que bajo ciertas condiciones el límite de un derecho fundamental puede verse ampliado en detrimento del de otro.

Este proceso se centra en las ‘reglas de precedencia condicionada’. Según éstas, tomando en cuenta el caso concreto, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro¹²³. A nuestro entender, no existe una preferencia sino simplemente una determinación.

Este proceso se realizará a través de tres gradas:

- (a) Situación relacional ante el caso concreto

En un primer momento, debemos observar qué derechos fundamentales se encuentran relacionados dentro un hecho real, y al enfrentarse a él.

- (b) Regla genérica

En la segunda grada, se llega a una precedencia general de alguno de los derechos. A esto nos dedicaremos básicamente en el Capítulo Quinto y Sexto.

En este punto debemos presentar una regla a seguir¹²⁴: “Si el principio P_1 , bajo las circunstancias C , precede al principio P_2 : $(P_1 \succ P_2) \mid C$, y si de P_1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R , entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica $C \varepsilon R$ ”.

¹²³ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 152 y ss.; este concepto es también utilizado por Yvan MONTOYA VIVANCO. Bases conceptuales y político criminales para el estudio de la tutela penal anticipada contra la discriminación racial y xenofobia. Op. cit. p. 71.

Dentro de este esquema, se señala que en términos generales o ‘duros’, es bastante improbable la concepción de un sistema jerarquizado de principios constitucionales debido a las enormes dificultades e inconvenientes que existen para establecerlo. Sin embargo, se considera que existe la posibilidad de conceder un orden ‘blando’ a través de preferencia *prima facie* (a través de una red de decisiones concretas de preferencia).

¹²⁴ Para los argumentativos, ‘ley de colisión’.

A través de ésta, las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Así hemos de reflejar el carácter del mandato de optimización, por no presentar relaciones absolutas de precedencia.

(c) Regla específica

Y, ya en la tercera se asume la precedencia específica tomando en cuenta sólo el caso examinado, proponiéndose un enunciado de preferencia. Sólo para casos excepcionales -sobre todo de jurisprudencia-, la utilizaremos en los siguientes capítulos.

Sin negar nuestro encandilamiento inicial ante esta propuesta, consideramos como innecesario acudir a una preferencia entre derechos, puesto que si tomamos en cuenta el 'efecto de intercambio' entre los derechos, el contenido accidental de los mismos va a ir forjándose a través de la adecuada y delicada determinación que se realice.

A partir de la tesis de los límites inmanentes, reforzada por la de la concurrencia, *ineinanderstehen*, se puede permitir que la determinación de contenidos se concrete por medio del equilibrio y deben ser definidos para cada uno de los derechos¹²⁵.

Conjuntamente con esta teoría propuesta por Häberle, dentro de un planteamiento normativo, Müller concreta los límites gracias a su diferenciación entre programa y ámbito normativo; al examinarse los criterios para determinar ese ámbito normativo, se puede ver derivaciones inmanentes, es decir, internas y no escritas del propio derecho¹²⁶. Esto es, en suma, lo que realizamos con el tratamiento del criterio extracontextual de la indeterminación de las normas.

¹²⁵ HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. pp. III, 117.

¹²⁶ MÜLLER. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, cit. por Juan Carlos GAVARA DE CARA. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. p. 280.

Lo que lograremos finalmente será plasmar en la realidad lo que la mente del constituyente buscó, lo que la sociedad sugiere y lo que la Teoría Constitucional Contemporánea permite realizar: la vigencia equivalente y semejante de todos y cada uno de los derechos fundamentales. No queremos contradecirnos en el proyecto unificante la Constitución al permitir, en último término, negar la ‘perfección’ de esta Norma Fundamental y colocar derechos en situación de supremacía fáctica.

Entonces, el trabajo que habremos realizado se ha centrado en la determinación de contenidos, tal como el análisis precedente nos exige. No se trata de una tarea de ‘todo-o-nada’ sino de una labor de optimización¹²⁷. Esta propuesta (del ‘proceso de optimación’) deberá servirnos para determinar los contenidos de los derechos fundamentales. Así, estaremos manteniendo la coherencia y compatibilizando los principios inmersos en la situación relacional, tal como la Interpretación Constitucional nos compromete.

Es por ello que se debe realizar un conveniente acto ponderativo, en el que se deben reconocer los derechos fundamentales en juego, atendiendo a la significación y consecuencias identificables que la actuación de los operadores del Derecho posee y se debe revisar la legitimidad de la comparación entre los derechos. Sobre esta fundamentación deben versar los recursos impugnativos.

Este objetivo, entonces, se pudo lograr gracias al método de equilibrio de bienes - aunque sólo bajo la forma de ponderación concreta- y utilizando la prohibición de exceso -y los tres criterios que incluye-, así como retomando los aportes de las

¹²⁷ Esta es la base del método de la ponderación, el cual no es un procedimiento abstracto o general [ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 166].

teorías institucional (límites internos y contenido propio) y argumentativa (reglas de preferencia), así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con las tres guías), tal como lo apreciamos *supra*.

3.3. Las consecuencias funcionales

Tras la delimitación adecuada de los contenidos de los derechos, veremos ahora cuál es la trascendencia que la práctica de éstos trae en la realidad. El plano meramente ideal nos presenta un marco dentro del cual podemos encontrar la posibilidad de que ejerciéndose abusivamente uno de los derechos, se afecte a otro, el cual debe salvaguardarse.

3.3.1. El ejercicio abusivo

La determinación de contenidos nos lleva a delimitar los contenidos de cada una de las situaciones relacionales entre los derechos fundamentales. Sin embargo al establecerse estos límites, es lógico que cuando el ejercicio de uno de los derechos se exceda dicho marco estemos ante un abuso del derecho.

Basándose en lo que dijese Paulo (“quien ejerce su derecho no lesiona a nadie”¹²⁸), Gayo señalaba que “en ningún caso debemos usar en mal sentido nuestro derecho”¹²⁹.

En este caso, no nos encontramos pensando en la figura del abuso del derecho, consagrado en nuestro Ordenamiento, dentro del Código Civil, sino más bien en la afectación en el caso concreto, de uno de los derechos fundamentales. Lo que

¹²⁸ “*Qui iure suo utitur, neminem laedit*” [Digesto, 50, 17, 151].

buscamos dar a entender es que a basándose en un derecho fundamental, el titular se extralimita y se entromete en el ámbito de otro derecho: va más allá de su contorno.

El sentido y significado que hemos de asignarle al término de ejercicio abusivo deberá diferir, entonces, de lo que comúnmente se conoce como abuso del derecho, reconocido en nuestro Ordenamiento.

A través del abuso del derecho, el Código Civil en su artículo II del Título Preliminar nos expresa que “[l]a ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho”. Entonces éste “consistiría en acto en principio lícito, pero que por una laguna específica del Derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social”¹³⁰.

Desde el Derecho Constitucional, podemos afirmar que el abuso de derecho se refiere a que en el ejercicio de una persona de un derecho fundamental, sin perjudicar a otro, cumpliéndose con el contenido esencial del mismo, se propasa en sus límites externos. Osea que mientras el ejercicio abusivo requiere de un derecho al frente, en el abuso del derecho, no.

Para considerar un ejercicio como abusivo debemos analizar las circunstancias personales y fácticas que lo rodean. No debemos tan sólo fijarnos en la actividad propia de realización de una actividad sino el entorno en que dicha situación se encuentra.

¹²⁹ “*Quae male enim nostro iure uti non debemus*” [Instituciones I, 53].

¹³⁰ RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar (Biblioteca. Para leer el Código Civil; III). Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1986. p. 40.

Un claro prototipo de lo que puede ser considerado como abuso del derecho, justamente aplicado al derecho a la información: Cuando se produjo el motín de El Sexto en 1984, los medios de comunicación social transmitieron en directo -y justamente en horario de programa infantiles- cómo ocurrían los hechos (llenos de violencia, tortura y muerte). Este hecho, pues no parece atentar contra derecho fundamental alguno, pero sí contra sus deberes [Ibid. pp. 46 y 47].

Tras contemplar a la relación entre los derechos fundamentales como encuentros entre elementos de un mismo conjunto sistemático y ordenado -léase Constitución-, no como enfrentamientos entre bienes contrapuestos y distintos¹³¹, podremos reconocer aquellas actividades, que por su misma naturaleza, ponen en riesgo esta Concordancia Interna, y deterioran la coherencia de los derechos fundamentales.

3.3.2. La salvaguardia de los derechos fundamentales

Como corolario, señalaremos que tras establecer cómo se debe realizar un proceso racional de determinación de contenidos, encontramos la posibilidad siempre abierta de vulneración de los ámbitos definidos de los derechos fundamentales.

Para combatir esta afectación, el Derecho ha proporcionado a las personas las herramientas necesarias para hacerle frente. Si no tan sólo observemos la diversidad de garantías que gozan los derechos fundamentales.

Muy relacionado con el tema del superrefuerzo como característica de los derechos fundamentales, diremos que dentro del Constitucionalismo Contemporáneo, se han propuesto diversos tipos de garantías, como las normativas, las institucionales y las jurisdiccionales¹³².

Sin embargo, entre ellas, la persona común y corriente habrá de sentirse más confiado en los resultados que puedan proponerle las jurisdiccionales. Quizás

¹³¹ Propuesta de Pablo PÉREZ TREMPES. Criterios de interpretación de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 05.

¹³² Tema trabajado ampliamente por Luis PRIETO SANCHÍS. De las garantías de las libertades y derechos fundamentales. Op. cit. p. 437; Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. Los derechos fundamentales. Op. cit. pp. 67 y ss. p. 82; Elena ALVITES ALVITES y Eduardo DARGENT BOCANEGRA. Aproximaciones a la

porque él mismo las promueve (al acercarse al organismo judicial) o por su mayor difusión por el interés social del mismo.

Pero es de importancia capital saber que estas formas de tutela de la persona no sólo pueden darse de manera *ex post*, sino también preventivamente. Además debemos considerar que no solamente se protegen derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales -como Amparo, Hábeas Corpus o Hábeas Data- o especiales -como la rectificación- que sugiere la Constitución sino, de manera indirecta, a través de leyes ordinarias o cualificadas -léase, Códigos-.

A lo largo de este capítulo, entonces hemos tratado de explicar las dimensiones reales de los derechos fundamentales. A partir de salvar la indeterminación de las normas, hemos podido ver a un derecho fundamental en estado de individualidad para luego verlo en un estado de relación o concomitancia con sus congéneres, todo ello a partir de una concepción de unidad, coherencia y solidez de la Constitución. En este sentido, habremos de explicar en las siguientes líneas el sentido de los derechos al honor, a la vida privada, a la expresión y a la información, justamente en ambas dimensiones.

interpretación constitucional. Op. cit. pp. III y ss; Albeiro PULGARÍN CARDONA. Hermenéutica Constitucional ante el Estado de Derecho. Op. cit. p. 175. Humberto NOGUEIRA ALCALÁ. Dogmática constitucional. Op. cit. pp. 163 y ss.

Parte II - Dimensión Individual:

El establecimiento de las alternativas de la comunicación del discurso y el respeto propio



Cuando en la Introducción referíamos que el tema de los derechos fundamentales no debe quedarse en el plano meramente abstracto, sino que debe ir más allá, y tratar de proteger su disposición real, estábamos ante una verdad insoslayable¹. Ahora tomando como base el marco conceptual presentado, intentaremos explicar por separado los derechos fundamentales de comunicación del discurso y de respeto propio.

Pero no sólo trataremos de encontrar el sentido correcto que cada uno de estos derechos tiene en el Constitucionalismo Contemporáneo, sino además, revisaremos algunos de los problemas que su aplicación presentan, aunque de manera somera. De esta forma, habremos de vislumbrar cómo derechos tan complejos gozan de relativa eficacia dentro de países inestables democráticamente como el nuestro.

Pero en todo el análisis que realicemos, debemos tomar en cuenta que lo realmente importante y necesario es encontrar las opciones que su contenido

¹ Tal como lo expresa, HÁBERLE, “con toda seguridad, la discusión teórica debe ser conducida en un primer plano ‘de modo general’, pero en un segundo ‘paso’ debe sostenerse también en el ‘terreno particular” [La libertad fundamental en el Estado democrático. Op. cit. p. 281].

propicia para que, en la Parte Tercera del trabajo, podamos ubicarlas dentro de una curva de situaciones relacionales adecuada. Osea, el fin de los Capítulos Tercero y Cuarto es encontrar las alternativas de los derechos, y realizar su valorización individual.

Por ende, habremos de trabajar los derechos en soledad con una única plantilla de análisis (iniciaremos con un estudio genérico de los derechos, continuando con el examen de sus elementos para concluir con la identificación de sus contenidos). Además, no debemos olvidar considerar que los cuatro derechos fundamentales implicados son, a la luz de la teoría argumentativa, verdaderos principios, y como tales deben ser estudiados.

Una indicación final, respecto al orden en que observaremos los derechos. Primero, trabajaremos los derechos a la información y a la expresión, y luego los derechos al honor y a la vida privada, y esto lo hacemos así puesto que éste es el orden que utilizó el constituyente para plasmarlos en la Constitución de 1993.

CAPÍTULO TERCERO

La comunicación del discurso (información y expresión)

La importancia de la expresión y la información deviene básicamente en que una sociedad sin ideas y sin noticias no es plenamente libre. Entonces si tomamos en cuenta que la sociedad peruana es una en las que más difícilmente se ejerce el periodismo y se puede manifestar un discurso -básicamente político-, podemos entender, en parte, el por qué de nuestro subdesarrollo y la ignorancia colectiva.

Desde el inicio de nuestra corta vida republicana, el respeto por los derechos de comunicación del discurso ha estado presente entre nosotros. Así, el mismo general San Martín en el Decreto del 13 de octubre de 1821 pregona que “[e]l gobierno del Perú que nada desea tanto como la prosperidad va a sancionar la libertad de imprenta porque reconoce el derecho que tienen los hombres de

pensar, hablar y escribir”¹. Con esta sentencia podemos observar que desde hace casi doscientos años se ha proclamado un respeto irrestricto a estos derechos. Sin embargo, esta premisa cada vez más se va alejando de la sociedad nacional. Si no, recordemos un verso producido en 1884 sobre este tema: “En países donde la prensa / yace bajo férrea mano / ¡ay, lectores! da vergüenza / el llamarse ciudadano / en países donde la prensa / yace bajo férrea mano”².

En el Perú de hoy ya no es concebible la dación de leyes como las de esas épocas (se debe proscribir la publicación de “máximas o doctrinas que conspiran a trastornar o destruir la religión de la República o su Constitución Política”³). Eso ha quedado atrás, aunque no las tensiones entre los medios de comunicación social y los gobiernos⁴.

Creemos que un pleno desarrollo social depende del cumplimiento del conjunto de los derechos fundamentales. Y éstos, referidos a la información y expresión, no son un caso excepcional⁵. Es una dualidad de derechos que permiten al hombre su crecimiento personal y cuya necesidad siempre ha estado presente en la mente de los pensadores⁶.

¹ De esta manera se plasmaba en realidad el numeral IV de su Estatuto Provisional, tal como lo precisa Dagoberto GARCÍA RAMOS. Crítica sobre libertad de prensa en la Constitución vigente. En: Revista del Foro. Lima, año LXVIII, n° 1 (ene. - jun. 1981). p. 73; para mayor análisis sobre la importancia de los medios de comunicación social en la independencia nacional, revisar Ascensión MARTÍNEZ RIAZA. Los orígenes del periodismo doctrinario en el Perú. En: Revista Diplomática B.O.M. Lima, n° 73 (dic. 1996 - feb. 1997). pp. 32 y ss.

² Federico BLUME, bajo el pseudónimo de ‘Balduque’, publicó este verso en El Nacional, cit. por Roberto MEJÍA ALARCÓN. El deber de informar. En: FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE PERIODISTAS - OFICINA DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL PERIODISTA. El periodismo tiene mucho que decir. Los riesgos de decir la verdad, sólo la verdad. Lima: Asociación Nacional de Periodistas, 1997. p. 30.

³ Primera ley sobre el tema en el país, de 12 de noviembre de 1822.

⁴ Es preocupante saber que según el Relator, uno de los casos más críticos de vigencia de estos derechos en el Hemisferio es el peruano, junto con el panameño y cubano, mas aún si tomamos en cuenta que América es la región del mundo más peligrosa para el ejercicio de la profesión de periodista [Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión. Op. cit. pp. 28, 59].

Sobre los problemas de estos derechos en la región, Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 182; también, la Directora Ejecutiva de Agencia Latinoamericana de Información, Sally BURCH. Comunicación para la Democracia y Democracia en la Comunicación. En: AGENCIA LATINOAMERICANA DE INFORMACIÓN - ALAI y ASOCIACIÓN DE RADIO Y PROGRAMAS PARTICIPATIVOS DE EL SALVADOR - ARPAS (org.). Foro Internacional Comunicación y Ciudadanía. Ponencias y Mensajes sobre comunicación y democracia. San Salvador, 09 al 11 de septiembre de 1998. <http://www.presidencia.gob.pa/dislibertad.html>; Pedro FARIAS GARCÍA. Libertades públicas e información. Madrid: Eudema, 1988. pp. 32 y ss.

⁵ Sobre la relación entre comunicación del discurso y sociedad, revisemos el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual señala que “[...] se ha proclamado como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y la miseria, disfruten de la libertad de palabra”. Dentro de la Conferencia Hemisférica sobre la libertad de expresión (realizada en México, el 11 de marzo de 1994), se señaló que “una prensa libre es condición fundamental para que las sociedades resuelvan sus conflictos, promuevan el bienestar y protejan su libertad”. Además, revisar CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación obligatoria de los periodistas, párr. 44, y algunos proverbios populares como el que nos dice que ‘sociedad que piensa y conoce, progresa’.

⁶ Entre ellos, John MILTON. Areopagítica, cit. por Modesto SAAVEDRA LÓPEZ. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad. Barcelona: Ariel, 1987. p. 59; Santiago SANCHEZ GONZALEZ. La libertad de expresión. Madrid: Marcial Pons, 1992. p. 22 (estos derechos permiten, según la razón humana, distinguir entre lo justo y lo injusto, confiando en un mercado libre de las ideas); VOLTAIRE, cit. por Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BISCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Libertad de expresión y derechos personalísimos. Ejercicio abusivo de la libertad de información. Responsabilidad penal de editores y directores. Obtención de información por medios ilícitos. Noticias inexactas, falsas y erróneas. Derecho de respuesta. Buenos Aires: Astreas, 1993. p. 03 (‘Desapruebo lo que dices, pero defendería con mi vida tu derecho a expresarlo’); Thomas JEFFERSON, cit. por Alfonso Carlos ESPÁ GARCÉS-ALVEAR. La libertad de expresión en la

Y esto aparece así porque toda persona es un ser en relación, que requiere en su vida comunicarse con el exterior; transmitiendo experiencias e impresiones sobre las mismas y recibéndolas de los otros. Para ello, siempre ha buscado para conseguirlo, primero utilizar los gestos, luego la escritura, ahora contamos con la televisión, la radio e internet. Por lo tanto, no es ilógico llamar a estos derechos, ‘verdaderos vehículos de las luces’.

Si bien el tratamiento de expresión y de información es diferenciado, esto no es óbice para que no podamos exponer una denominación única, reconociendo las cualidades y rasgos comunes de ambos derechos. Pensamos que la relación existente entre información y expresión hará que en muchos pasajes de su desarrollo se compartan los mismos componentes, por lo que creemos conveniente presentar un concepto que pese a advertir las diferencias, pueda también reconocer las coincidencias.

Para ello, utilizaremos el enunciado de ‘derechos de comunicación del discurso’⁷ puesto que ambos derechos intentan preservar el lado comunicativo de las personas ya sea presentando una noticia o una opinión, según corresponda. En esencia, creemos que esta propuesta supera la concepción del derecho único a la

Constitución de 1979 y en el ‘Nuevo Orden Mundial de la Información y la Comunicación’. Tesis (bachiller). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 1987. t. II, p. 232 (“la base de nuestro gobierno es la opinión del pueblo. Por tanto, el primerísimo objetivo deberá ser mantenerla buena. Si yo tuviera que decidir si hemos de tener un gobierno sin periódicos o periódicos sin gobierno, no dudaría un momento en preferir lo último”). En el ámbito nacional, José GÓNZALES PRADA, cit. por José Carlos HUACCHA CARHUAJULCA. Las Libertades de Información, Expresión y Opinión en la Nueva Constitución y su Responsabilidad Jurídica. Piura: Ital, 1983. p. 24 (“Si hay algo más fuerte que el hierro, más duradero que el granito y más destructor que el fuego, es la palabra de un hombre honrado”); Mario VARGAS LLOSA. Una batalla cultural. En: El correo de la Unesco. París (mes de septiembre, 1990). p. 44 (estos derechos están “constante en una línea de superación y mejoramiento de sus deficiencias”); Luis Jaime CISNEROS. La función de los medios de comunicación social. En: HABITAT PERÚ - SIGLO XXI (ed.). Los Medios de Comunicación, el Estado, Pluralismo de la Información y la Libertad de Prensa (Seminario - Taller). Lima: Friedrich Neumann, 1988. Op. cit. p. 17 (“la comunicación es una necesidad social, política y económica”).

⁷ Sobre la importancia de un término genérico, Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, año 8, n° 23. p. 141; Enrique GÓMEZ-REINO Y CARNOTA. La libertad interna de los medios privados de comunicación social. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, n° 2 (ene. - abr. 1989). p. 22.

‘libertad de expresión’ -término más de índole sociológico que jurídico-, al señalar la existencia de más de un derecho fundamental -al invocarse en plural- y reconocer el ámbito en el que ambos se desarrollan -la comunicación-.

1. La información y la expresión en el Constitucionalismo Contemporáneo

Como primer paso para captar la dimensión individual de estos derechos, es necesario hacer ciertas precisiones preliminares y encontrando un enfoque adecuado pasemos a ver los elementos y el acto de concretización de los mismos.

1.1. Los dos derechos involucrados

El primer tema a desarrollar está dedicado a descubrir si la dualidad que hemos asumido es una posición errada o no, tomando en cuenta que nuestra Constitución presenta cuatro derechos y no solamente dos.

1.1.1. En principio, información, opinión, expresión y difusión del pensamiento

Constitución Política del Perú de 1993:
Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
4. A las libertades de información, opinión,
expresión y difusión del pensamiento [...].

Dentro del acto interpretativo explicábamos cómo debe realizarse un adecuado estudio normológico de cada derecho. Entonces tras comenzar con un análisis literal, seguiremos como uno histórico para culminar con uno sistemático.

A. Ingreso lingüístico

Como sabemos, el primer acercamiento que debemos tener es el referido a la revisión del enunciado normativo que rige estos derechos en el Perú según la Constitución de 1993. El artículo que básicamente nos interesa es el 2.4, tal como lo pudimos notar.

Por lo tanto, para entender de mejor manera esta norma, debemos analizar lo que su texto señala al respecto. Este entendimiento debe partir del análisis de los derechos fundamentales a la información, la opinión, la expresión y la difusión de pensamiento.

Estas cuatro libertades intentan ser concebidas de manera distinta y diferenciada entre sí⁸:

- i. Libertad informativa: supone tanto el derecho a informar como el de recibir noticias sobre diversos temas.
- ii. Opinión: nos presenta una libertad para adoptar pensamientos propios y criterios particulares sobre las personas y las cosas; se evalúa la información recibida.
- iii. Expresión: manifiesta el poder de comunicar pensamientos e ideas; es hacer pública la opinión.
- iv. Difusión del pensamiento: es la posibilidad de dar mayor extensión a la libertad de expresarse, buscando una considerable amplitud al mensaje, que llegue a

⁸ Un análisis literal de la norma constitucional ha sido realizado por Enrique BERNALES BALLESTEROS y Marcial RUBIO CORREA. Constitución y Sociedad Política. Op. cit. pp. 109 y ss., y reiterada en Enrique BERNALES BALLESTEROS. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Lima: CIEDLA-Konrad Adenauer, 1996. p. 98; Enrique CHIRINOS SOTO. Constitución de 1993. Lectura y comentario. Lima: Nerman, 1995. 2ª ed. p. 26; Luis BRAMONT ARIAS. Libertad de Expresión. En: Revista del Foro. Lima, año LXVI, n° 1 (ene. – mar. 1979). pp. 86 y 87; COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Protección de los Derechos Humanos. Op. cit. pp. 217 y ss.; Juan MORALES GODO. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Lima: Grijley, 1995. p. 66.

mayor cantidad de destinatarios (sirven para este ejercicio los distintos medios de comunicación).

Pese a esta tipología, creemos que el segundo y el cuarto supuesto se encuentran englobados en los otros dos. De ello hablaremos más adelante.

B. Examen de la realización histórica de los derechos

El ingreso gramatical, dentro de un correcto acto interpretativo, se debe ver complementado con un estudio histórico de la norma en mención. En este sentido, se puede decir que este artículo se ha encontrado inspirado en una norma similar de la Constitución de 1979, la misma que a su vez se fundamentó, al igual que toda la Norma Suprema, en la Constitución española de 1978.

a. Normas derogadas

Cuando se dio la Constitución de 1993, ésta prácticamente apareció como una modificación de la de 1979, más que como una nueva Norma Fundamental. El artículo en mención prácticamente es el mismo que el también artículo 2.4 de la derogada.

Para poder entender mejor estos artículos sería importante revisar el avance del tratamiento de estos derechos en las Constituciones precedentes: tal como ya lo revisamos *supra*, desde los inicios de la República, estos derechos han sido acogidos pero los vaivenes en su tratamiento son más que evidentes.

Los antecedentes de la construcción constitucional actual se remontan a las primeras Constituciones del país. Primero estuvo referida en términos de libertad de imprenta (artículos 4 de la Sección Octava de la Constitución de 1821⁹, 9 de la de 1822, 181 y 193 de la de 1823, 60 y 143 de la de 1826, 153 de la de 1828, 147 de la de 1834, 156 de la de 1838, 8 de la de 1855 y 21 de la de 1860).

Un verdadero hito en esta historia se presenta con la Constitución de 1867, que adelantándose a su época, en su artículo 20, expresaba que “[t]odos pueden hacer uso de la imprenta para publicar sus escritos, sin censura previa; y sin responsabilidad en asuntos de interés general. En las publicaciones sobre asuntos personales, se hará efectiva la responsabilidad de los autores y editores conforme a lo dispuesto, para esta clase de asuntos, en la ley que instituye el jurado. Toda publicación que ataque la vida privada de los individuos, será firmada por su autor”. Una verdadera revolución para su época -por eso volveremos a ella más adelante-. Sin embargo, la vigencia de este magnífico recuerdo no duró, desgraciadamente, ni dos años.

Así, que tuvimos que regresar a nuestra realidad con la Constitución de 1879 y su artículo 7, en la que sin embargo se innova la proscripción del anónimo. Retrocediendo aún más, se dio la Constitución de 1920, que en su artículo 34, seguía protegiendo de forma tímida esta libertad. No obstante ello, en la Constitución de 1933, se realiza un trabajo bastante más consistente que sus predecesoras, dejando de utilizar el hasta entonces emblemático término de la libertad de imprenta, y es que su artículo 63 expresaba que “[e]l Estado garantiza la libertad de prensa. Todos tienen el derecho de emitir libremente sus ideas y sus opiniones por medio de la imprenta o de cualquier otro medio de difusión, bajo la responsabilidad que establece la ley. La responsabilidad concierne al autor y al editor de la publicación punible, quienes responderán solidariamente de la indemnización que corresponda a la persona damnificada”.

⁹ Si bien la de 1821 es la primera Constitución dada en el país, la de 1812 (dirigida a nuestros opresores hispanos pero igualmente aplicada a los peruanos), también reconocía, en su artículo 371, una libertad para imprimir y publicar ideas sin necesidad de licencia previa y con responsabilidades posteriores.

A partir de este planteamiento se sugiere uno superior en técnica jurídica y casi idéntico al vigente actualmente, como el expresado en el artículo 2.4 de la Constitución de 1979 para el cual “[t]oda persona tiene derecho: a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura o impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley [...]”.

Como se ha podido observar, el tratamiento se ha encontrado relacionado con una referencia general a los derechos de comunicación del discurso -como imprenta y prensa-, sin una referencia específica a los derechos a la información y a la expresión, salvo en la última Constitución mostrada.

b. Normas inspiradoras

Decíamos que la actual Constitución prácticamente retomó el artículo correspondiente de la de 1979. Entonces si existe una norma que inspira dicha Ley Suprema, ella sería la misma para la hoy vigente.

Esa norma fue la de la Constitución española de 1978, la misma que sirviera de idea a nuestros constituyentes. El planteamiento es análogo al nacional, aunque algo menos desarrollado en nuestro caso.

Se tomó como base para la formulación de nuestro artículo 2.4 a la Constitución española de un año antes, en los artículos 20.1.a. por el cual “[s]e reconocen y protegen los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” y 20.1.d en el que se prescribe el respeto “[a] comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”, los mismos que deben ser complementados por el 20.2. que sostiene la imposibilidad de censura previa y por el 20.4. por el cual se deben reconocer los límites existentes los cuales se

encuentran “en el respeto a los derechos reconocidos [...], en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

c. El debate constituyente

Un estudio fidedigno de estos derechos incluye una revisión acerca de la discusión ocurrida en el seno del Congreso Constituyente Democrático (CCD) para aprobar este texto, puesto que si bien se toma como base el artículo de su antecesora, debieron existir motivos suficientes para que ésta quede tal como fue aprobado.

Primordialmente, en nuestro Congreso la controversia estuvo centrada en una férrea protección a los medios de comunicación social, tanto así que descuidaron una discusión respecto a la determinación de los derechos involucrados en el artículo 2.4 y prefirieron tratar ampliamente temas como la penalización de su ejercicio abusivo (la idea era evitar que se diera nuevamente un Estatuto de la Prensa, como en los gobiernos militares de los setenta), su juzgamiento en el fuero civil y no en el militar y la imposibilidad de control previo.

Los constituyentes sí se percataron que estos temas resultaban reiterados e innecesarios pero para Chirinos Soto era preferible esta redundancia antes que dejar abierta la posibilidad a la afectación gubernamental a estos derechos¹⁰.

¹⁰ Cuarta Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Lima, 21 de enero de 1993. En: CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Página web del CCD. Lima, 1993. www.congreso.gob.pe (aunque no debemos olvidar “que el respeto a la libertad de expresión es mayor en la actualidad que cuando se dio la Constitución de 1979, que salía de un régimen dictatorial”).

d. *La occasio legis*

El paso de la dictadura militar a la democracia fue determinante para una Constitución como la de 1979, en la que se preocuparon mucho en insistir el planteo de estos derechos fundamentales como libertades, evitando lo máximo posible la injerencia del Estado. Durante los años de dictadura, los medios de comunicación social estuvieron en manos del gobierno militar debido a la expropiación realizada, y los periodistas se guiaban por los muy criticados Estatutos de Prensa¹¹; la experiencia fue nefasta. Ésta es quizás la razón del resultado final del mencionado artículo constitucional.

Sin embargo, ello pudo ser corregido en la actual Norma Fundamental, pero esta sugerencia hubo que ser descartada prácticamente de plano por el temor que profesaban a los medios de comunicación social nacionales y la presión internacional de entidades defensoras de ellos. Por esta razón se mantuvo casi todo el tenor del artículo 2.4 de la de 1979.

Un tema más relacionado con la Constitución actual es el referido a la ardua discusión respecto a la apología del terrorismo como límite a los derechos de comunicación del discurso. Esto se dio debido a que en ese año -el de 1993-, el problema de la violencia interna estaba latente y existía una conciencia social de

¹¹ Sobre los diversas normas respecto a los medios de comunicación social en esta época, revisar Óscar BASTIDAS ROMERO. Legislación penal del Estatuto de Libertad de Prensa. Tesis (Bachillerato). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 1977. Op. cit. pp. 27 y ss; José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Treinta años de juicios a periodistas peruanos (1969-1999). Lima: UPC, 1999. pp. 43 y ss.

Se analizan básicamente los Estatutos de Prensa: Decretos Leyes 18705 (1969), 20680 (1974), 22244 (1978) y 22399 (1978). Pero, también se examinan otras normas previas a los Estatutos: Ley 10309 (1945), Ley 10310 (1946), dos Decretos Supremos de 29 de septiembre de 1947 y Ley 14949. Además, luego de los Estatutos se han seguido dando normas respecto a estos derechos: Decreto Ley 22633 (1979) y Leyes 23221, 23321, 26775, 26847 y 26937, a las cuales haremos referencia más adelante.

contrarrestar los efectos dañinos de Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru.

Pese a dicha coyuntura nacional, esta propuesta que fuera promovida por la Comisión de Constitución¹² fue desechada por el Pleno del Congreso. Así, lo que se pretendía era constitucionalizar la figura delictiva de la apología del terrorismo, permitiendo que su juzgamiento quede a cargo del fuero determinado por la ley. Sin embargo, posteriormente, en virtud de un pedido de reconsideración se acordó eliminar la adición efectuada y mantener la redacción inicial de la Constitución de 1979¹³.

C. Relación de la norma con la Constitución

El siguiente paso a seguir es ubicar las normas dentro del Corpus Constitucional. Los derechos de comunicación del discurso aparecen dentro del Título I, De la Persona y de la Sociedad, Capítulo I, Derechos Fundamentales de la Persona. Según lo estudiáramos en el marco conceptual de este trabajo, éstos son los derechos que por decisión expresa del legislador constituyente son derechos fundamentales.

Además el sentido correcto de lo que significan estos derechos debe lograrse si logra conectarse con el significado de otros, sobre todo, si están en conexión con el pensamiento.

¹² Muy defendida por PEASE GARCÍA, FLORES NANO y CÁCERES VELASQUEZ, en la Cuarta Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Lima, 21 de enero de 1993. En: Página Web del CCD. www.congreso.gob.pe.

¹³ Congreso Constituyente Democrático. Comisión de Constitución y Reglamento. 8° Sesión. Lima, 1 de febrero de 1993; además, acuerdo del Pleno. Diario de Debates. Debate del Primer Capítulo. Décima (A) Sesión. Lima, 19 de febrero de 1993. www.congreso.gob.pe.

Los derechos de comunicación del discurso suelen considerarse como parte de los derechos del pensamiento¹⁴. Éstos poseen dos ámbitos. Uno está destinado a la formación del pensamiento -entendido como actitud mental de crear y razonar-; éste es interno, forma parte de la persona, por lo cual no puede tener protección puesto que es imposible que sea conocida por el resto y por lo tanto perjudique a alguien y que erradamente es recogido por el Ordenamiento -como en el caso de la opinión-. El otro ámbito está destinado a las manifestaciones del pensamiento¹⁵; cuando lo interno es exteriorizado sí merece tratamiento constitucional. Pero entre todas estas formas externas, sólo nos interesan dos: la expresión y la información, aunque no podemos negar la gran relación de estos derechos con el resto.

1.1.2. En realidad, sólo información y expresión

Si bien gracias al estudio presentado se aceptan la existencia de cuatro derechos, ¿cuántos derechos se encuentran realmente involucrados en el artículo 2.4? Tal como ya lo adelantáramos, creemos que solamente existen dos, no cuatro como dice el constituyente¹⁶. La opinión y difusión de pensamiento no tienen un sustento teórico válido.

1.1.2.1. Crítica al planteamiento constitucional

En este momento, es menester nuestro diferenciar expresión de opinión. Ésta debe ser considerada como la dimensión interna, propia y personal de las ideas - lo que uno suele meditar sobre tal o cual asunto, lo que queda en el pensamiento-; la expresión, la dimensión exterior y objetiva de ellas, la capacidad

¹⁴ Sin embargo, la 'libertad de pensamiento' es concebida por la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA solamente como el "derecho de manifestar, defender y propagar las opiniones propias" [Diccionario de la Lengua Española. Madrid: Espasa Calpe, 1992. 21ª ed.].

¹⁵ Recién "cuando el pensamiento trasciende al mundo exterior, posee consecuencias sociales y jurídicas" [LÓPEZ ROCA, Jorge Elbio. La libertad de pensamiento. En: Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. Montevideo, t. XII, n° 67-71 (jun. 1995 - mar. 1996). p. 451].

¹⁶ Según EGUIGUREN PRAELI, pese a que la Constitución señala la existencia de cuatro derechos, en realidad, "habla pues, de opinión y de difusión" referido este último término a la divulgación de la información [Panel El Panorama Constitucional sobre al libertad de expresión y el Derecho de Prensa, cit. por Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 50].

de proponerlas a la sociedad, de comunicarlas y eventualmente, recibir otras para cotejarlas con las propias. Ambas son las dos caras de una misma moneda.

Partiendo de considerar a la opinión como la base interna de la expresión¹⁷, creemos que deviene en innecesario tutelar aquélla puesto que es imposible enterarse de lo que alguien piense sin que éste lo manifieste, y al no poder entrar en contacto con otros derechos¹⁸.

Pero entonces, ¿por qué la Constitución protege la opinión? Asumimos que los constituyentes tomaron como propio el estándar de los instrumentos internacionales (artículos 19 de la Declaración Universal, IV de la Declaración Americana, 19.1 y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹), el cual también consideramos desafortunado. Así, el Comité de Derechos Humanos ha considerado a la opinión como un derecho sin “excepción ni restricción”²⁰; pero, como decíamos, un derecho absoluto no puede existir según los cánones del Constitucionalismo Contemporáneo.

Una innovación -si se puede considerar como tal- de nuestro Constitucionalismo, parece ser la diferenciación entre la expresión e información y la difusión de pensamiento. Ya explicamos la dimensión externa de la expresión respecto a las ideas. Entonces, ¿qué más público puede ser que este derecho? Al parecer, nada, aunque percibimos en nuestro legislador, una intención de esclarecer la forma

¹⁷ En esta línea, la Constitución de Bulgaria, artículo 38; y en el ámbito doctrinal, Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 104; Luis BRAMONT ARIAS. La libertad de expresión. Op. cit. p. 87; Francisco EGUIGUREN PRAELI. La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. En: *ius et veritas*. Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año X, n° 20. p. 51; Daniel O'DONNELL. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Lima: CAJ, 1989. 2ª ed. p. 247.

¹⁸ Existen además otros parámetros para diferenciar la opinión y la expresión, los cuales consideramos realmente artificiales. Así, O'CALLAGHAN MUÑOZ las diferencia de acuerdo a su relación con el honor: expresión “es la palabra, epíteto, frase, que se aplica a una persona, y si atenta contra el honor no puede aceptarse”, mientras que opinión “es el juicio de valor que emite el autor”, la cual nunca puede quebrantar el honor puesto “que se halla en el ámbito de la libertad de expresión” [Libertad de expresión y sus límites: Honor, intimidad e imagen. Madrid: Edersa, 1991. pp. 51 y 52]. De otro lado, CHIRINOS SOTO señala que los dos derechos básicos son la libertad de información y la de opinión, “a las que se añade las libertades de expresión y difusión, complemento indispensable de las primeras” [Constitución de 1993. Op. cit. p. 26], es decir, el derecho tutelable es la opinión y el ficticio, la expresión.

¹⁹ Para MEDINA, según “los trabajos preparatorios del Pacto es posible observar que los redactores del Pacto entendieron, al parecer, que la libertad de opinión constituía una libertad puramente privada, perteneciente al reino de la mente, mientras que la libertad de expresión operaba en las relaciones humanas, es decir, constituía un asunto público” [El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cit. por Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 72].

²⁰ Comentario General 10 sobre el artículo 19 del Pacto Internacional, Informe 1983.

cómo se realiza esta exteriorización de las ideas, aunque no sólo de ellas, sino también de los hechos.

Acaso por expresión e información sólo podríamos tutelar aquellas manifestaciones del discurso que se realizan de manera restringida (ante una mínima cantidad de público y de forma directa, como podría ser en una reunión o en un mitin político) mientras que por la difusión de pensamiento, las que se expanden ante una masa indeterminada de personas -utilizando los medios de comunicación social-; esta interpretación puede derivarse de lo que la palabra 'difusión' haría hincapié²¹. Pese a ello, nos parece incómoda esta distinción: no existe un motivo claro para diferenciar tres derechos cuando realmente existen dos.

Si bien también tiene su sustento en las propuestas del Derecho Internacional de Derechos Humanos -la más clara es la del artículo IV de la Declaración Americana-, quizás lo que intentó el constituyente ha sido poner más énfasis en la protección del rol de los periodistas, lo cual sinceramente dudamos mucho, ya que la realidad desmiente una intención gubernamental de respeto por los derechos de tales personas. Además, si buscaba ello debió ser más explícito al respecto: manteniendo derechos base -expresión e información-, pudo fortalecer las características de la actividad periodística o admitir la garantía institucional de los medios de comunicación social.

1.1.2.2. La dualidad de derechos

Habiendo determinado la existencia de dos derechos fundamentales en el artículo 2.4 de la Constitución, dejamos constancia que dentro de la discusión teórica se ha llegado a sostener la imposibilidad de separar expresión e información, por lo cual concluyen que existe únicamente un derecho.

Por ende, la cuestión a esclarecer es si la expresión y la información, son dos derechos distintos y separables entre sí, o realmente uno solo. Pues, exactamente ni lo uno ni lo otro. Y es que los derechos a la expresión e información son dos derechos diferentes, pero que comparten una misma raíz y un mismo sustento ideológico. Asumimos así una postura dualista. Expliquemos por qué.

Orientación monista

En esencia, en lo que se basa esta postura es que el ejercicio de cualquiera de los derechos siempre implicaría el ejercicio también del otro. Esta preocupación de la doctrina hace que se exprese una confusión de ámbitos, que líneas abajo aclararemos.

Asumamos el papel de ‘abogados del diablo’ y demos dos ejemplos que nos llevan a esa conclusión.

(a) Derecho a la información con rasgos de expresión

Tres sucesos en un día a ser presentados en los canales de televisión: ‘Choque entre combis, quince muertos’, ‘El Presidente inaugura dos colegios en Abancay’ y ‘Subcomité de las Naciones Unidas recomienda al gobierno peruano que acate la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana’. Un noticiero de corte sensacionalista, hará que la noticia atractiva del día sea la primera, luego presentará la segunda y la tercera saldrá -si es que la suerte la acompaña- en el tercer bloque noticioso. Un noticiero gobiernista hará una gran cobertura del viaje del Mandatario a la capital de Apurímac y realizará su gran labor en la cuestión educativa en el Perú; la primera noticia tal vez se exhiba en el bloque de noticias locales, y la tercera definitivamente no se mostrará. En un noticiero de oposición

²¹ Como lo ha expresado claramente el juzgador en un caso relativo a cines (Sentencia 922 del Expediente 1003-98, emitida por la Sala

realizará un convincente análisis de la crítica internacional a la decisión de nuestro gobierno, reiterando las implicancias que esto ha traído para nuestro país; las otras dos noticias serán apenas presentadas. Como hemos podido ver, el derecho a la información de las personas se ve trastocado²² gracias a la expresión de la línea periodística de cada uno de los medios de comunicación social.

(b) Derecho a la expresión con rasgos de información

Por otro lado, cuando alguien expone una idea sobre algún tema, ha de tener como sustento para ello una cierta información para expresarla. Así, si X afirma que el señor Y es un ladrón, lo hará porque conoce que éste ha defalcado la empresa donde trabajaba y porque firmó documentos fraguados que lo beneficiaban económicamente.

A pesar de lo convincente que esto pudo resultar, en el primer supuesto, el subjetivismo de la presentación informativa no es, en estricto, un acto de expresión. Bueno, no en el sentido de la expresión constitucionalmente protegida; es solamente una etapa de la elaboración de la noticia -selección del material- y aunque permite mostrar una inclinación hacia la línea informativa del medio no debe para nada influir en la presentación objetiva de la misma. De ello, deben darse cuenta muchos de los miembros de las empresas periodísticas nacionales.

En relación al segundo supuesto, ahí sí es más clara la relación entre los derechos. Por ello para solucionar este caso presentaremos *infra* un criterio de diferenciación de los mismos.

Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público, el 09 de octubre de 1998).

²² “La información y, por consiguiente, los mensajes que transmiten los diferentes medios, no son nunca neutrales, en ningún aspecto. Dependen, en el fondo, de un modelo de lo social y de elecciones anteriores” [OSORIO MELÉNDEZ, Hugo. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 114].

Otro caso de lo mismo, presentado por el estadounidense HINDERY: “Se rumoreaba que Bill Clinton, nuestro Presidente, hubiese tenido un romance con una joven estudiante interna en la Casa Blanca, Monica Lewinsky. Los americanos parecían especialmente interesados en esto, y en algunos casos, bajo títulos como ‘soft news’, nuestros medios de comunicación ofrecían coberturas extraordinarias. Como resultado, la visita del Papa a Cuba, un evento histórico e inspirador para los cubanos, para los inmigrantes cubanos en este país, para los católicos y para las personas dondequiera que se encuentren, recibió una cobertura menor que la de un escándalo sexual presidencial” [Cómo las comunicaciones de hoy están tejiendo la sociedad de la información del futuro – Discurso. En: New Tech 98. Nuevas tecnologías y personas humanas: Comunicando la fe en el nuevo milenio (mar. 1998). http://www.newtech.org/proceedings_es.htm].

Esta teoría acepta que el derecho involucrado es solamente uno, ya sea uno genérico con dos manifestaciones o a través de la preeminencia de uno de ellos -o de la expresión o de la información-.

a. Un derecho general con dos manifestaciones

Parte que, utilizando un sólo término, se englobe a dos supuestos distintos: la expresión y la información. Éstos no se encuentran en relación de superposición sino de correspondencia y complemento.

Esta propuesta no sólo ha sido recogida en todos instrumentos internacionales que nos rigen²³ y por la propia Corte Interamericana de Derechos²⁴, sino también por nuestro Código Penal²⁵ y la Ley 26937²⁶, además por cierta Jurisprudencia Nacional²⁷.

La postura monista²⁸ incluye dentro del Constitucionalismo Comparado una interesante variedad de términos a emplearse, aunque a veces se ha preferido solamente señalar las manifestaciones del derecho antes que un concepto único²⁹. Entre estas opciones, libertad de prensa³⁰, derecho a publicar ideas³¹, libertad de

²³ Los cuatro instrumentos que tienen injerencia directa en el país se adscriben a una teoría monista. Así, los artículos 19 de la Declaración Universal (“este derecho incluye”), IV de la Declaración Americana (“todo individuo tiene derecho a”), 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“este derecho comprende”) y 13 de la Convención Americana (“este derecho comprende”). En la misma línea, Convención sobre los derechos del niño, artículo 13.1 (“el niño tendrá derecho a”).

²⁴ Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas. párr. 31 (“la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles”).

²⁵ Capítulo VIII del Título IV del Libro Segundo: Delito contra la Libertad de Expresión (artículo 169).

²⁶ Artículo 1 “El inciso 4 del artículo 2 de la Constitución garantiza la plena vigencia del derecho de libre expresión del pensamiento, con sujeción a las normas constitucionales vigentes”.

²⁷ Claramente, Caso Javier Alva Orlandini c/ Rafael Roncagliolo Orbegozo. Sentencia del 1º Tribunal Correccional de Lima, Expediente 753-85, Delito de difamación, rec. por Manual de Legislación Penal. Código Penal. Lima: AFA, 1999. pp. 326 y ss.

²⁸ Se adscriben a ella, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 95; José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 55; María Luisa BALAGUER CALLEJÓN. El derecho fundamental al honor. Op. cit. pp. 187 y 188 (cualquier intento de diferenciación entre opinión e informaciones es hacer una categoría artificial, puesto que no hay un criterio válido de diferenciación entre una información y una opinión); Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ. La libertad de expresión. Op. cit. pp. 113 y ss.; Eduardo ESPÍN. Los derechos de la esfera personal. En: LÓPEZ GUERRA, Luis y otros. El ordenamiento constitucional. Op. cit. p. 225.

²⁹ Como lo hace la Declaración Americana, artículo IV (libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio). Además, en el Constitucionalismo Comparado, se ha puesto de relieve las dos manifestaciones contenidas en este derecho, como lo sucedido en Brasil, artículos 220 (expresión) y 220.1 (información), Chipre, artículo 19.1.

³⁰ Constitución de Suiza, artículo 55.

³¹ Constitución de Argentina, artículo 14.e

expresión³², libertad de opinión³³, libertad de discurso *-freedom of speech-*³⁴, derecho a criticar³⁵, derecho a escribir y publicar sobre cualquier materia³⁶, libertad de palabra³⁷, libertad de pensamiento³⁸ y libertad de comunicación³⁹.

Consideramos que muchas veces cuando se hace uso de un término único, la locución está referida, lejos de adscribirse a una teoría monista, a recoger los postulados sociológicos de este tema. En la visión de la colectividad, suele conocer a la expresión y a la información con algunos de los vocablos mencionados (sobre todo, libertad de expresión, pero también, libertad de prensa). Sin embargo, este tratamiento se desdice básicamente con la naturaleza jurídica real de estas ‘manifestaciones’ que deben ser considerados como verdaderos derechos fundamentales, tal como lo desarrollaremos más adelante.

En la actualidad se encuentra en formación un nuevo intento unificador y una empresa que demandará nuevas condiciones a las ya existentes. Se trata del derecho a la comunicación⁴⁰, entendido éste como un solo derecho que abarque todo el conjunto del proceso comunicativo.

b. Un derecho predominante

³² En el ámbito nacional, Código Penal, artículo 169 y Ley 26937, artículo 2; en el Ordenamiento Internacional, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19.2 y Convención sobre los derechos del niño, artículo 13.1; en el Comparado, Constituciones de Albania, artículo 52, Antigua y Barbuda, artículo 3, Angola, artículo 32.1, Bosnia-Herzegovina, artículo 3.h, Bélgica, artículo 19 (incluye conciencia), Camboya, artículo 41 (prensa, publicación y asamblea), Jamaica, artículo 13, Omán, artículo 31 (y opinión) y Ecuador, artículo 19.4.e (y opinión de pensamiento).

³³ Constituciones de Libia, artículo 13 y Egipto, artículo 47; en un sentido similar, Declaración Universal, artículo 19 (y de expresión).

³⁴ Constituciones de Namibia, artículo 21.1, Georgia, artículo 19.1, Chechenia, artículo 50.1, China, artículo 41.1, Dinamarca, sección 77, Rusia, artículo 29, Japón, artículo 21.1, India, artículo 19.1.a, Korea del Sur, artículo 21.1, Laos, artículo 31, Luxemburgo, artículo 24, Eritrea, artículo 19.2 y Estados Unidos de Norteamérica, primera enmienda (y de prensa).

³⁵ Como el caso citado de Jurisprudencia Nacional de Javier Alva Orlandini c/ Rafael Roncagliolo Orbegozo; también, Constituciones de China, artículo 41.1, y Siria, artículo 38.

³⁶ Constitución de México, artículo 7.

³⁷ Constituciones de Cuba, artículo 53 y Chipre, artículo 19.1 (hablar y expresarse de cualquier forma).

³⁸ Aparte de la Convención Americana, artículo 13 (y de expresión), también, las Constituciones de Brasil, artículo 5.IV, Guatemala, artículo 35, Honduras, artículo 72, Bangladesh, artículo 39.1 (y conciencia), Costa Rica, artículo 29, Venezuela, artículo 57, Uruguay, artículo 29, República Dominicana, artículo 8.6, Mongolia, artículo 16.16 (y discurso), Panamá, artículo 37, Líbano, artículo 13, El Salvador, artículo 6 y República Eslovaca, artículo 24.1

³⁹ Constitución de Italia, artículo 21.1.

⁴⁰ Fue formulado inicialmente por D'ARCY en 1969 e invoca a la utilización por cualquier persona de los medios de comunicación social. Lo intenta a través de la reivindicación de un Nuevo Orden Mundial de la Información y de la Comunicación [*Direct Broadcast Satellites and the Right to Communicate*, cit. por Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p.

Han existido siempre puntos de vista en los que se propugna que la expresión debe absorber a la información o viceversa. El sentido de esta imbibición debe encontrarse en la amplitud de contenidos que pueden considerarse englobados en un derecho dominante.

A continuación presentaremos estas dos opciones, y las desigualdades entre ambas:

(a) Absorción de la información por la expresión

En un primer momento, encontramos a un derecho general, como es la expresión⁴¹, que incluye a otro, cual es la información. Y es que aquélla asegura el sentido total de los discursos -comprendiendo así a la información- debido a que al presentarse una idea sobre un determinado tema, primero debemos informarnos sobre éste, por lo que ésta deviene en un mero medio de un derecho a la expresión⁴².

Para otros, como Peces-Barba Martínez, el derecho genérico es a la expresión, pero cuando se utiliza un medio de comunicación social para ejercerla, se empieza a denominar 'libertad de información'⁴³.

(b) Absorción de la expresión por la información

En el otro lado de la vereda, se encuentra la posición de un fuerte derecho a la información⁴⁴. Según esta posición la expresión está al servicio de aquélla puesto que habrá de considerarse como preferente, al tomarse en cuenta que el desarrollo

36, seguido por Jesús María AGUIRRE. Derecho a la comunicación y compromiso ético de los comunicadores. En: Comunicación. Estudios venezolanos de comunicación. Caracas, primer trimestre, n° 101 (1998). p. 33].

⁴¹ Asumida por las Constituciones de Bahamas, artículo 15, Barbados, artículo 11.d, Croacia, artículo 38 (en el caso de periodistas, información), Dominica, artículos 1 y 10, Finlandia, sección 10.1, Liberia, artículo 15.a, Siria, artículo 38, Paraguay, artículo 26 y Etiopía, artículo 29.2.

⁴² FAÜNDEZ LEDESMA, Héctor. La libertad de expresión. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, n° 78 (1991). p. 253; en una línea similar, Modesto SAAVEDRA LÓPEZ. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. pp. 18 y 19; Porfirio BARROSO ASENJO. Límites Constitucionales al Derecho de la Información. Barcelona: Mitre, 1984. p. 29.

⁴³ Sobre las libertades políticas en el Estado español, cit. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 55.

⁴⁴ Retomada por las Constituciones de Arabia, artículo X (y publicación), Bolivia, artículo 7.b y Nicaragua, artículo 66.

de la actividad informativa incluye siempre un acto de opinión⁴⁵. A través de la expresión, entonces, se seguiría informando aunque de forma indirecta.

Desde otra perspectiva, Eguiguren Praeli señala que la información es un concepto más rico e integral que la expresión, puesto “que involucra no sólo a quienes emiten o difunden opiniones e informaciones, sino también a quienes la reciben y a quienes la procuran”⁴⁶.

Aunque ambas posturas parten de la posible inclusión de un derecho en otro, una propuesta como ésta delata una dinámica interdependencia entre estos derechos, lo cual resulta fácilmente superable doctrinalmente por una teoría dualista, gracias a la correcta diferenciación entre expresión e información.

Orientación dualista

Frente a estas posiciones monistas, se presenta una dualista, según la cual cada derecho es independiente respecto del otro. Nosotros apostamos por esta teoría, en la que dos derechos pese a compartir características comunes poseen también disímiles.

Esta teoría dualista⁴⁷ puede mostrarse de forma preliminar y pacífica como la mera aproximación entre información⁴⁸ y expresión⁴⁹. De manera más compleja,

⁴⁵ El que más ha defendido esta teoría ha sido José María DESANTES GUANTER. Fundamentos del derecho de la información. Madrid: Confederación Española de Cajas de Ahorro, 1979. p. 29; también, Eloy ESPINOZA-SALDAÑA B. Notas acerca de la titularidad del derecho al honor, así como sobre la protección de dicho derecho frente a los posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas. Op. cit. p. 01; Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 57 (la información “tiene su punto de partida, además de en la libertad de expresión, en el derecho de participación en los asuntos públicos, en el derecho a la educación o, incluso, en el derecho a la verdad o a saber a la verdad”); Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR y J. R. PARADA. Artículo 20. Libertad de expresión y derecho de la información. En: ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.). Constitución Española de 1978. Op. cit. v. II, p. 497; en cierto sentido, Juan MORALES GODÓ. Los personajes públicos y el derecho a la intimidad. Lima: Inédito, 1999. p. 01.

⁴⁶ La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor. Op. cit. p. 52.

⁴⁷ Asumida por Jose Enrique BUSTOS PUECHE. ¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor? Madrid: Tecnos, 1992. p. 12; Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Temas de Derecho Penal. Lima: Cultural Cuzco, 1993. p. 288; Alfonso Carlos ESPÁ GARCÉS-ALVEAR. La libertad de expresión en la Constitución de 1979 y en el ‘Nuevo Orden Mundial de la Información y Comunicación’. Op. cit. t. I, p. 40; Pier Paolo MARZO. El derecho a la intimidad. Lima: Inédito, 1999. punto 4.3; Ernesto VILLANUEVA ¿Qué debe prevalecer?: Una reflexión documentada. ¿La libertad de expresión vs el honor de las personas? En: Revista Mexicana de Comunicación. México, 1999. www.cern.itesm.mx/dacs/buendia/mc/rmc48/libertad.html; Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Lima: Universidad

Solozábal Echavarría, cercano a una primacía de la información, señala que ésta más que especie de expresión, es un presupuesto de ella: “sin información no hay opinión”⁵⁰, aunque acepta la dualidad de derechos. En este mismo sentido se pronuncia la Jurisprudencia Comparada, al señalarse que “[l]a libertad de información es, precisamente, el derecho a informarse [y este derecho] es el presupuesto de la formación de la opinión que precede a la expresión de ésta”⁵¹.

Dentro de nuestro Ordenamiento si bien partimos de la existencia de cuatro derechos, y en algunos casos se ha adscrito a una teoría monista, existen suficientes razones para expresar la acogida a este planteamiento dualista. De esta manera se puede dar fuerza a nuestra adscripción.

A continuación trataremos de encontrar un sentido claro de cómo sustentar nuestra adhesión a la postura dualista, para lo cual presentaremos diversos pasajes en los que nuestra Constitución hace referencia a estos derechos (como derechos a la expresión o a la información, o como sustento de los medios de comunicación social):

- la diferencia es muy clara en el párrafo final del propio artículo 2.4 de la Constitución, en el que se muestra claramente la adscripción a una teoría

San Martín de Porres, 1998. p. 73; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. Las libertades informativas en la Constitución Española de 1978. En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Lima, v. 50 (1993). pp. 91 y ss.

⁴⁸ La información como derecho autónomo puede encontrarse en las Constituciones de Filipinas, sección 7 (información en problemas de interés público), Portugal, artículo 37.2 (informarse), Kazakhshtán, artículos 18.3 y 20.2, Letonia, artículo 30.1, Lituania, artículo 25.2, España, artículo 20.1.d (información veraz), Estonia, artículo 45.1, Alemania, artículo 5.1 (a través de la radiofonía y del cinematógrafo), Andorra, artículo 12, Armenia, artículo 24, Azerbaiyán, artículo 50, Bielorrusia, artículo 34.1 (información completa, fiable, y oportuna), Bulgaria, artículo 41.1, Hungría, artículo 61.1, Chile, artículo 19.12, Congo, artículo 27.5 (información y comunicación con independencia), Colombia, artículo 20.a (información veraz e imparcial) y México, artículo 6.

⁴⁹ El derecho independiente a la expresión se puede reconocer en diversas Constituciones: Filipinas, sección 4 (incluye a la prensa), Portugal, artículo 37.1 (expresar y divulgar libremente su pensamiento), Kazakhshtán, artículo 20.1 (libertad de discurso y actividades creativas), Letonia, artículo 30.1, Lituania, artículo 25.1 (tener convicciones propias y expresarlas libremente) y 25.2 (búsqueda), España, artículo 20.1.a (expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones), Andorra, artículo 12, Estonia, artículo 45.1 (ideas, opiniones y persuasiones), Congo, artículo 27.1, Colombia, artículo 20.a (expresar su pensamiento y opiniones), México, artículo 6 (manifestación de ideas), Alemania, artículo 5.1. (expresar y difundir su opinión), Armenia, artículo 24 (como opinión), Azerbaiyán, artículo 47 (pensamiento y discurso), Bielorrusia, artículo 33.1 (incluye libertad de pensamientos y creencias y su expresión libre), Bulgaria, artículo 39.1, Hungría, artículo 61.1 (libre declaración de puntos de vista y opiniones) y Chile, artículo 19.12 (libertad de emitir opinión).

⁵⁰ La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 81, quien concluye que ambos derechos son una condición *sine que non* para la existencia de una sociedad libre.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán BVerfG, 27, 71 (81) y 27, 104 (108), rec. por Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos fundamentales. Op. cit. p. 81. Además, sobre la primera de las sentencias y la importancia de estos derechos en la sociedad, revisar Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 88.

dualista: “[l]os derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación social”;

- en el artículo 2.5 se advierte una de las facetas solamente del derecho a la información (a solicitarla en cualquier entidad pública) y el 2.6, por otro lado, también se refiere a este derecho de manera negativa (límite a las informaciones brindadas por los servicios informáticos);
- como restricción de la actividad de los medios de comunicación, aunque únicamente referido a la información (cualquier tipo de agravio de éstos debe ser rectificado) aparece el artículo 2.7;
- además, los artículos 6 (referido a la paternidad responsable) y el 65 (protector de consumidores y usuarios) prescriben el rol del derecho a la información por parte de las entidades gubernamentales; y,
- por su parte, en otros artículos se aluden tanto a la expresión como a la información: artículos 14 (destinado al tema educativo), 139.4 (referido a la publicidad de los procesos) y 54 (que menciona las facilidades que dará dentro de su soberanía el Estado peruano para las libertades de comunicación internacional).

1.1.2.3. La información y la expresión como derechos distintos

Tras haberse determinado la dualidad de los derechos de comunicación del discurso, requerimos ahora presentar qué características diferencian a información y expresión, puesto que si consideramos que son derechos fundamentales distintos, el desarrollo de ambos será dispar en muchos sentidos. Entonces, es necesario presentar un argumento que efectivamente nos permita la diferenciación entre estos derechos. Para ello habremos de partir del reconocimiento de las características propias de cada uno de los derechos, y así contrarrestar de la mejor manera posible a los detractores del dualismo.

Inicialmente se propuso separar estos derechos fundamentales, considerando el derecho que en mayor medida aparezca en el acto analizado⁵²: la decisión se basaba en el 'elemento preponderante'. Pero esta solución es aún frágil y complicada, razón por la cual, acudimos a un razonamiento que no sólo recoja el contexto lingüístico sino también (uno puede decir que 'yo creo que' y no estar opinando) el extralingüístico o factual⁵³.

Es por eso que a continuación presentamos cuatro posibilidades de combinación existente entre expresión e información.

(a) Expresión pura

Conocida como *pure opinions*, está referida a aquel discurso en el que sólo se vierte un juicio de valor, sin exponer hecho alguno que lo sustente (no se está ocultando en sí una exposición de sucesos ni se reproducen opiniones de terceros). Se encuentra protegida exclusivamente por el derecho a la expresión.

Es muy difícil que se de en la realidad (como cuando X viendo que se acerca un desconocido Y le dice, sin base alguna, que 'usted tiene una pinta de bribón').

Lo que se deberá analizar acá es la manera en que se presenta la expresión es excesiva o no para transmitir nuestro mensaje.

(b) Expresión unida a información

Conocida también como *mixed opinions*. En ésta es distinguible el hecho y la opinión y existirá un examen respecto a cada uno de ellos: respecto al primero se requerirá su veracidad; con relación a la segunda, su congruencia. Podrá darse de dos tipos:

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional español 6/1988, de 21 de enero, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH (dir.) El mercado de las ideas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. p. 86.

⁵³ Así en el Precedente estadounidense *Ollman c/ Evans*, 750 F. 2d. 970 (1984), el juez STARR señaló que para distinguir entre hechos y opiniones se debe analizar si: el discurso tiene un significado de consenso o es indefinido, el discurso es valorable en términos de verdad o falsedad, el contexto lingüístico cambia el sentido literal de la frase en principio injuriante y el contexto extralingüístico señala la posibilidad de que el enunciado sea un hecho y no una opinión, o viceversa [rec. por Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ. La libertad de expresión. Op. cit. p. 125].

- i La expresión va junto a la explicación de los hechos en que se basa: en el caso de que X tras señalar que Y ha salido de su establecimiento comercial debiendo el valor de lo consumido y sigue asistiendo al mismo sin inmutarse por las múltiples cobranzas que se le ha hecho, concluye que es un sinvergüenza.
- ii La expresión se fundamenta en hechos notorios, aún sin manifestarlos: como cuando X afirma que Y es ladrón, pero esto es dicho porque mientras X fue jefe de su compañía se perdió dinero en la misma, y ha sido denunciado tres veces por el delito de estafa.

(c) Información bajo la forma de expresión

A veces un discurso es presentado como expresión pero en realidad se encuentra encerrando una información. Por ello, esta supuesta opinión estará sujeta al requisito de veracidad. También puede darse a través de dos modos:

- i La expresión oculta realmente una exposición de hechos: como cuando X señala que 'creo fehacientemente que mi compañero Y fue el que le dijo a mi jefe que me despidiera'.
- ii La expresión de otro es solamente repetida: alguien informa sobre lo que otro opina, como en el caso de que X, famoso político, señale ante un numeroso auditorio que 'según nos dice el mayordomo Z de la casa de nuestro opositor Y, éste es un gran timador, bellaco y, para colmo, golfo'; lo que se debe analizar en este punto es si lo reproducido fue expresado realmente por el tercero.

(d) Información pura

Ésta se presenta cuando el discurso solamente se encuentra referido a la transcripción de noticias o hechos, sin presentarse punto de vista alguno.

Sucede en el caso de que X señale que Y, el conductor del ómnibus que la semana pasada se precipitó al abismo, se encontraba en estado de embriaguez, según el

resultado del dosaje ético realizado). En este caso sólo se requerirá la veracidad de la información.

De esta manera, lo que es trascendental ante la presencia de un discurso es descubrir ante qué derecho fundamental nos encontramos. A partir de allí se realizará el análisis correspondiente. Pero, los límites entre los juicios de valor y la información suelen ser bastante imprecisos.

Sin embargo, podemos indicar algunos parámetros para determinar la diferencia entre estos derechos. Si bien cada uno de estos aspectos será analizado adecuadamente cuando lo desarrollemos a lo largo de este capítulo, a continuación presentamos preliminarmente el tratamiento teórico disímil.

a. Según sus contenidos esenciales

Los límites internos de cada uno de ellos difieren notoriamente; la expresión sólo será protegida constitucionalmente si es que ésta es congruente (moderado para reconocer el mensaje a recibir; no puede ir más allá). Por su parte, la información deberá ser veraz, esto es, el titular del derecho habrá de hacer todo lo posible por presentar una noticia 'real' tras una investigación seria y diligente.

Por lo tanto, no se podrá requerir veracidad a una expresión, puesto que no es susceptible de serlo o no, ni se podrá requerir la congruencia a la información, puesto que cuando se presenta una noticia no se podrá saber si es esencial para que se entienda el mensaje, sólo habrá de darse.

b. Según sus límites externos

Además de su contenido esencial, ambos derechos tendrán diferencias en cuanto a sus límites externos. De ello hablaremos ampliamente al final de este capítulo.

En este sentido, por ejemplo, el derecho a la información encuentra un límite en la seguridad nacional como cuando se publica un documento confidencial que ponga en riesgo la integridad del Estado; éste no es un límite para la expresión.

Al contrario, la expresión no podrá abarcar el ámbito que protege las creencias: la expresión es una idea sobre algún tema que se hace pública; la creencia, una convicción que es parte de la naturaleza de la persona que se hace pública; así configurada la creencia no aparece como un límite a la información.

c. Según sus supuestos de hecho

Si bien ambos tienen dos supuestos protegidos, como son la difusión y el acceso, la diferencia se presenta en cómo se concretiza cada uno de ellos. Esto depende de cada derecho. Así cuando se da una opinión sobre algún tema, sólo se requiere tener una idea sobre el mismo; sin embargo cuando se va a informar (especialmente, en los medios de comunicación social) se necesita que exista una previa preparación, elaboración y selección de los hechos, para luego llegar a difundirlos.

En el caso del acceso, también la información difiere de la expresión. En el extremo de la obligación del sector público para brindar a la colectividad, existe la información administrativa, deber no existente respecto a la expresión.

d. Según su incidencia institucional

Todo derecho fundamental importa un acercamiento a un tipo de principio constitucional definido. Tanto uno como otro coadyuva a la formación de la opinión pública, al respeto de la persona humana (al ser factor de interacción social) y básicamente al fortalecimiento democrático de un país.

Justamente en cuanto a la formación de la opinión pública, se ha expresado que la información parecería tener una mayor importancia que la expresión.

Para llegar a esta conclusión se han basado en el caso de la rectificación (artículo 2.7 de la Constitución), a través del cual el público puede obtener las dos versiones sobre un mismo tema, y por consiguiente podrá formarse de la mejor manera posible una idea sobre ello. Esto no sucede con la expresión.

1.2. Su doble naturaleza

Habiendo asumido la dualidad de los derechos a la expresión y a la información, debemos rescatar la doble naturaleza de éstos⁵⁴. No han dejado de ser derechos-defensa, pero a la vez tienen que cumplir una función por sí mismos.

Por ende, luego de determinar la dualidad de derechos, ahora debemos preocuparnos por la designación correcta de estos derechos. Tradicionalmente, hemos escuchado hablar de las libertades de expresión, de información, hasta de prensa. Ahora nos hemos estado refiriendo a los derechos de expresión y de información. ¿Es indiferente la denominación?, o ¿es que acaso el término 'libertad' nos induce a un aspecto de la expresión e información y el 'derecho' a

⁵⁴ Esta articulación de naturalezas en los derechos de comunicación del discurso ha sido desarrollada por Enrique GÓMEZ-REINO Y CARNOTA. La libertad interna de los medios privados de comunicación social. Op. cit. p. 25; Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y derecho a la información. Op. cit. p. 140; Gregorio PECES-BARBA. La crisis de la libertad de expresión. En: Comunicación Social. Infomes anuales de la Unesco. Madrid, 1994/Tendencias. p. 182; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. Las libertades informativas en la Constitución Española de 1978. Op. cit. pp. 89 y ss; Héctor FAUNDEZ LEDESMA. La libertad de expresión. Op. cit. pp. 250 y 251; Gregorio BADENI. La libertad de expresión. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 132.

otro?, ¿qué recoge nuestra Constitución al respecto? Muchas interrogantes podemos plantearnos al respecto, y a continuación trataremos de despejarlas.

1.2.1. Ámbito negativo

En un sentido negativo, la expresión y la información son concebidas como libertades, como verdaderos derechos que protegen a la persona frente a su destinatario.

1.2.1.1. La información y la expresión como libertades: una visión incompleta

En la Parte I de este trabajo hicimos referencia a las distintas teorías de los derechos fundamentales. Dentro de este contexto, el planteamiento de las libertades de expresión e información responde a una teoría liberal. Por lo tanto, estas libertades deberán ser concebidas como meros derechos-defensa: como adecuados mecanismos de protección frente al Estado.

Es este esquema de libertades el que aún prima en los Ordenamientos nacionales, tal como sucede en nuestro país, dentro de la Constitución en su artículo 2.4 (“toda persona tiene derecho a las libertades de información [y] expresión”). Además, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 19, señala como derecho de la persona la ‘libertad’ de buscar, difundir y recibir libremente informaciones e ideas.

Antes de seguir avanzando respecto a la concepción de ‘libertad’ en el Derecho, no podemos negar que en otras esferas de las ciencias sociales, se puede rescatar, siguiendo la ‘teoría de los dos aspectos’, una lectura más activa del término. Así, desde el ‘lenguaje intencional’ filosófico, la libertad puede describir “la realidad en términos de propósitos, intenciones y motivos [...]”. Ésta es posiblemente la manera en que se explica la metodología teleológica que explica en virtud de finalidades y

objetivos; y lo característico de ella es que presupone, como condición de posibilidad de la explicación, la libertad del agente para optar por cursos de acción diferente”; así, las ciencias deben analizarse por tanto como lenguajes diferentes pero que comparten algunos conceptos centrales como el de causalidad; se explica causalmente el curso de la naturaleza física en términos de regularidades -he aquí el determinismo- pero también explicamos causalmente las acciones de un individuo en términos de creencias y deseos -véase como libertad-⁵⁵.

Entonces, la nota principal de estas libertades es su configuración como *abwerrechte* y como consecuencia de ello se puede concebir una acción limitada del Estado, no como guardianes de la existencia de estos derechos y su vigencia real en la sociedad, sino básicamente ‘dejando hacer’ y no poniendo trabas al trabajo, sobre todo, de los periodistas.

Esta característica es fácilmente encontrada en varios presupuestos del propio artículo 2.4:

- ‘no’ existirá para el ejercicio de estas libertades, “previa autorización ni censura ni impedimento algunos”;
- ‘no’ puede permitirse la presencia punitiva del gobierno (dando otros Estatutos de Prensa); por eso, es redundante en el tema de la responsabilidad según la ley común: “los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común”;
- ‘no’ se podrá suspender o clausurar ningún medio de comunicación;
- ‘no’ se puede “impedir circular libremente” a los medios de comunicación social: y,

⁵⁵ QUINTANILLA PÉREZ-WITCH, Pablo. El problema metafísico de la libertad. En: *ius et veritas*. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año VIII, n° 15 (1997). p. 350.
Para ALEXY, el término mismo de ‘libertad’ no debe ser solamente concebido como una actividad limitativa del Derecho, sino como la “combinación de una libertad con un derecho a una acción positiva” del Estado [Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 226].

- 'no' debe existir obstáculo alguno para la creación de medios de comunicación.

Justamente, la empresa de los medios de comunicación social aparece bastante protegida ante el Estado, adquiriendo una importancia inusitada, inclusive frente a los periodistas, aunque éstos reciben una tutela especial como titulares del derecho. Y es que en esta teoría lo que básicamente se protege es el derecho de 'alguien' frente a 'otro' -ámbito subjetivo-, no por la función que pudiese cumplir -ámbito objetivo-.

Podemos encontrar, en Derecho, sólidos argumentos para tomar a la expresión y a la información como libertades. Se puede crear convicción de la adscripción de nuestro Ordenamiento a la teoría liberal por cuatro motivos fundamentales:

(a) La tradición constitucional

Las libertades poseen un fuerte arraigo histórico, aunque con el paso del tiempo se ha ido variando su objeto de protección:

- i Libertad de imprenta⁵⁶: en un primer momento (de acuerdo a lo vigente a las épocas medievales), se salvaguardó la escritura a través de los libros.
- ii Libertad de prensa⁵⁷: en general, fueron protegidos los medios de comunicación social.

⁵⁶ 'Libertad de imprenta' es la "facultad de imprimir, sin censura previa, con sujeción a las leyes" [REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española].

Así, este término fue usado por la Declaración Francesa en su artículo 11. Un análisis de este derecho en los siglos pasados -aunque sobre todo para el caso chileno- lo podemos encontrar en Francisco ZÚNIGA URBINA. Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena. En: Revista de Derecho. Concepción, año LXIII, n° 197 (ene. - jun. 1995). Op. cit. pp. 178 y ss.

Más clara es aún es la presentación de los derechos por parte del constituyente nacional en las primeras Constituciones: según los artículos 4 de la Sección Octava de la Constitución de 1821, 9.2 de la de 1822, 181.4 y 193.7 de la de 1823, 60.2, 60.3 y 143 de la de 1826, 153 de la de 1828, 147 de la de 1834, 156 de la de 1839, 8.3 de la de 1855, 20 de la de 1856, 21 de la de 1860, 20 de la de 1867, 7 de la de 1879 y 34 de 1920. La denominación de la libertad de imprenta aún es usada en las Constituciones de Argentina (artículo 32) y de Portugal (artículo 38.1).

iii Libertades de expresión e información⁵⁸: por último, se ha amparado todas las formas de comunicación (junto a la escritura, la televisión, la radio, el cine o internet).

(b) El Ordenamiento Nacional

Éste es casi unánime en este tratamiento. Así éste es presentado en el artículo 2.4 de la Constitución de 1993 y en diversas normas de rango infraconstitucional, como lo es el artículo 169 del Código Penal.

(c) La normativa internacional

Este término es el prioritariamente usado por los pactos y declaraciones internacionales, tal como se desprende de la voluntad de los redactores y la propia redacción del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la defensa del principio de libre circulación de la información -al expresarse sin limitación de fronteras- en la Declaración Universal, el tenor del artículo IV de la Declaración Americana y normas comparadas internacionales de carácter regional, como el Convenio Europeo⁵⁹.

(d) La práctica internacional

Ésta la podemos encontrar en las distintas resoluciones la ONU, la Unesco, la Comisión y Corte Interamericana de Derecho Humanos:

⁵⁷ Sólo una Constitución nacional acoge esta posición: la de 1933, artículo 63 (“El Estado garantiza la libertad de prensa [...]”). Utiliza también este término, Eugenio PELLETÁN. *Derechos del hombre*. Barcelona: Hispana, 1869. pp. 92 y ss.

Hasta el día de hoy es común observar en las Constituciones el tratamiento de los derechos de comunicación del discurso como libertad de prensa: artículos 52 de la Constitución de Albania, 5.1 de la de Alemania, 3 de la de Antigua y Barbuda, 39.2.b de la de Bangladesh, 61.2 de la de Hungría, 41 de la de Camboya, 49 de la de Chechenia, 27.2 de la de Congo, 55 de la de Suiza, 21.1 de la de Japón, 32 de la de Omán, 21.1 de la de Namibia, 21.1 de la de Corea del Sur, 31 de la de Laos, 13 de la de Líbano, 24 de la de Luxemburgo, 15.b de la de Libia y 48 de la de Egipto, sección 4 de la de Filipinas y primera enmienda de la de Estados Unidos de Norteamérica.

⁵⁸ Así lo han tratado las últimas Constituciones nacionales: la de 1979 y la de 1993, ambas en el artículo 2.4.

⁵⁹ Artículo 10.1 del Convenio, suscrito en Roma el 04 de noviembre de 1950: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión [...]”.

- la decisión sobre la Comunicación, Resolución 61/1979 del Comité de Derechos Humanos, de 1982;
- los trabajos de las Naciones Unidas (así, la Asamblea General aprobó en 1946, la Resolución 59 en la que reconoce la libertad de información como un derecho humano fundamental y realizó en 1948, la Conferencia Internacional sobre la Libertad de Información, celebrada en Ginebra.); y,
- las actividades de los Estados.

Para concluir, expresamos el mismo reproche que hacíamos a los liberales: el planteamiento más que incorrecto es incompleto, al considerar solamente el rol pasivo del destinatario o la titularidad limitada.

1.2.1.2. La autorrealización personal

El ámbito subjetivo de la información y la expresión nos lleva a considerar un doble sentido: ausencia de actividad estatal, como ya lo revisamos, y una función de los derechos acorde a la protección de la persona. Según esto último, estos derechos permiten a la persona que, tras encontrarse consigo mismo, pueda sacar de lo profundo de su ser sus ideas y conocimientos y así realizarse como ser humano.

Congruente con este planteamiento, se ha llegado a considerar que estos derechos contribuyen a la autorrealización del individuo. Esta dimensión de la expresión y la información también ha precisado la intervención de la teoría moral-jurídica, cuando Dworkin expresa que estos derechos derivan de la dignidad humana⁶⁰. No

⁶⁰ Los derechos en serio. Op. cit. p. 295; también Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, La libertad de expresión desde la Teoría de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 78, manteniendo su posición desde Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y derecho a la información. Op. cit. p. 140.

Además, para el juez estadounidense MARSHALL, “[i]ncluso cuando el que habla no tiene ninguna esperanza real de que la audiencia sea persuadida de su punto de vista, la expresión otorga una satisfacción interna de decir su verdad y por ende la posibilidad de la realización de

se puede callar al hombre puesto sino se le conduciría a su empobrecimiento espiritual. En concordancia con esto, nuestra Jurisprudencia ha señalado “que es obligación de todos respetar y proteger a la persona humana, en cuanto ésta es el fin supremo de la sociedad y del Estado según lo declara en su primer artículo la Constitución Política que nos rige; que dicho marco obligacional constituye una garantía fundamental en favor de la persona humana y dentro de él se inscribe necesariamente el derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento”⁶¹.

Para Gómez-Reino y Carnota, esta doctrina clásica del derecho público subjetivo no sólo observa a los derechos de comunicación del discurso como de defensa sino también como ‘de omisión’, *unterlassungshechte*⁶², en tanto obligan al Estado a ‘no’ intervenir en su esfera⁶³.

1.2.2. Ámbito positivo

Pero así como tienen un ámbito subjetivo, estos derechos también poseen uno objetivo. Éste ha sido muy desarrollado a partir de la importancia adquirida por la comunicación del discurso. Es precisamente este punto el que expondremos a continuación.

Además de buscarse la libertad de su ejercicio, debemos reconocer en estos derechos su posibilidad de “colaboración en la difusión y defensa de los valores fundamentales de la persona humana en los que se asienta la vida en libertad de una sociedad democrática, en la creación y elevación de una cultura

su identidad” [CHIPOCO, Carlos. A favor de la libertad de expresión. En: Diario El Comercio. Sección A. Lima, jueves 19 de septiembre de 1996. p. 02].

⁶¹ Sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior del Perú, Acción de Amparo Caso Genero Delgado Parker y otros c/ Ramón Ramírez Erazo y Wilfredo Ramírez Romero, rec. por Juan MORALES GODOL. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 172.

⁶² La libertad interna de los medios privados de comunicación social. Op. cit. p. 24.

⁶³ Por eso Thomas JEFFERSON señalaba que justamente ‘libertad’ significa ausencia de control por parte del Estado [cit. por Modesto SAAVEDRA LÓPEZ. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 61]; la misma idea subyace el pensamiento de Santiago SANCHEZ GONZALEZ. La libertad de expresión. Op. cit. p. 15.

verdaderamente digna del hombre y en el rechazo firme y valiente de toda forma de marginación”⁶⁴.

1.2.2.1. La información⁶⁵ y la expresión como derechos: una visión completa

Pese a que el desarrollo precedente nos puede haber llevado inexcusablemente a aceptar que en el Perú nos encontramos ante evidentes libertades, existen razones suficientes para pensar lo contrario. Si bien la historia y el contexto legal que envuelve la norma constitucional nos indica aquéllo, a veces el desarrollo de la sociedad desborda el Derecho.

Poco a poco se han ido reconociendo determinadas elementos normativos de los derechos a la expresión y a la información⁶⁶. Y esto lo decimos porque:

- no es gratuito que el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos nos diga que este derecho reclama del Estado “deberes y responsabilidades especiales”⁶⁷, por lo que ya no existe una mera abstención estatal⁶⁸;
- en la práctica internacional se ha reconocido por parte de los destinatarios del derecho un cierto respeto derivado de la persona en cuestión, el contenido del discurso y el medio utilizado para ello;
- así también es el tratamiento del tema en la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos⁶⁹;

⁶⁴ La verdad os hará libres. Instrucción Pastoral de la Conferencia Episcopal Española sobre la conciencia cristiana ante la actual situación moral de nuestra sociedad (1990). punto 57.

⁶⁵ Existe una indefinición doctrinal acerca de qué incluye el término ‘derecho a la información’. Según algunos, éste sólo debe restringirse a un aspecto de la información: su acceso, como el que presenta el artículo 2.5 (referido a los informes administrativos). Sin embargo, esta visión debe ser considerada como limitada, puesto que la mera indagación sobre ciertos temas es uno de los ámbitos de protección de un derecho total, cual es el verdadero derecho a la información. A propósito de ello, se postula la existencia de un derecho ‘de’ la información, lo cual desvirtúa la plenitud del concepto que estamos manejando y nos hace caer en un error conceptual (el derecho es ‘de’ toda persona ‘a’ la información). Pese a este planteamiento, en el artículo 2.4 *in fine* se señala que la existencia de los derechos ‘de’ informar y opinar, aunque esto responde nuevamente a una falencia de la técnica legislativa.

⁶⁶ Son considerados como derechos, por algunos como Eduardo NOVOA MONREAL. Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos. México: Siglo Veintiuno Editores, 1979. p. 151; Porfirio BARROSO ASENJO. Límites Constitucionales al Derecho a la Información. Op. cit. p. 29; Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 58.

⁶⁷ Respecto a los derechos de comunicación del discurso, artículo 10.2 del Convenio Europeo.

- se han reconocido ya constitucionalmente⁷⁰ ciertos aspectos derivados del nuevo rol de estos derechos en el plano constitucional, como puede ser el acceso a la información administrativa; y,
- además la concepción de la expresión y la información como derechos se fundamenta en la naturaleza no solamente subjetiva del derecho, sino de una objetiva, estando básicamente relacionada con el fortalecimiento democrático en la sociedad.
- Existe un acceso al medio de comunicación social como lo que ocurre con la rectificación.

Nuestra propia Constitución tampoco es ajena a estos avances: el Estado debe promover la plena realización de los derechos (artículo 44: se considera como un deber de éste: “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”), debe procurarse el desarrollo del aspecto democrático de los derechos (principio recogido en el artículo 3), existe acceso a la información administrativa (artículo 2.5) y contamos con un derecho como la rectificación (artículo 2.7). Por lo tanto, si bien a través del artículo 2.4, la expresión y la información se autoproclaman como libertades, su reconocimiento progresivo como derechos ya se está dando. Y así los consideraremos.

Esta ‘utilidad institucional’ de la comunicación del discurso, posee, según comenta Ballester, consecuencias, ya sean directas (como objetividad, periodística, veracidad y credibilidad) o indirectas (como diversidad, apaciguamiento y prevención)⁷¹.

⁶⁸ Según HÄBERLE, “[l]a dirección primordial de todas las declaraciones de derechos humanos y pactos se refiere a derechos fundamentales. Pero también mencionan ‘obligaciones fundamentales.’” [El concepto de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 115].

⁶⁹ Artículo 9 de la Carta, aprobada el 27 de junio de 1981 en la 18ª Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA: “1. Todo individuo tendrá el derecho de recibir informaciones; 2. Todo individuo tendrá el derecho de expresar y difundir sus opiniones dentro de la ley”.

⁷⁰ En algunas Constituciones se ha señalado expresamente que estamos ante verdaderos derechos. Así, los artículos 27.1 (respecto a expresión) y 27.5 (respecto a la información) de la Constitución del Congo, 20.a de la de Colombia, 6 de la de México, 47 y 50 de la de Azerbaiyán, 33.1 y 34.1 de la de Bielorrusia, 37.1 de la de Portugal, 39.1 y 41.1 de la de Bulgaria, 20.2 de la de Kazakstán (sólo para información), 25.1 y 25.2 de la de Lituania y 30.1 de la de Letonia. Además, en las Constituciones de Alemania (artículo 5.1) y Brasil (artículo 5.XIV) se sobreentiende el tratamiento como derechos.

La importancia cada vez más fuerte de estos derechos en una sociedad democrática, y la propia crisis de las posibilidades de canalizar las opiniones de las personas -como lo facilitaban los partidos políticos-, ha hecho que se les reconozca un nuevo rol que cumplir. A ello se debe sumar las críticas existentes a la postura liberal, puesto que -básicamente en el caso de la información- se permite la manipulación del discurso, convirtiéndose en una 'libertad frustrada' o una 'libertad muerta'.

En la actualidad, el Ordenamiento se encuentra ante un cambio de mentalidad: de las libertades de expresión y de información estamos dando paso a los derechos a la expresión y a la información. Y esto porque las doctrinas en boga -institucionalista, democrática⁷² y social- así lo exigen.

El actual planteamiento de la expresión y la información como derechos presenta un renovado matiz y características propias:

- la expresión y la información tienen un fuerte sustento democrático; manan como verdaderos derechos que coadyuvan la actividad gubernamental y permiten una actuación directa de la población en las decisiones del Estado;
- los medios de comunicación social -en tanto empresa periodística-, ya no son tan inmunes en su actividad, sino que son objeto de una consistente responsabilidad social (se le exige para ello veracidad en la información y congruencia en la expresión);
- si bien se reconoce que el derecho es de titularidad universal, el periodista se encuentra en una posición privilegiada, sobre todo frente a la empresa, reconociendo el secreto profesional y la objeción de conciencia; y,

⁷¹ Derecho de respuesta (Réplica. Rectificación): El público, la información y los medios. Reglamentación. Ejercicios del derecho. Publicación contestables. Procedimiento. Prensa. Medios. Radio. Televisión. cinematografía. Buenos Aires: Astrea, 1987. pp. 14 y ss.

- la actividad del Estado, en este sentido, aparece de manera renovada. Ya no sólo cumplirá un rol negativo, sino que asumirá un papel eminentemente vigilante para el crecimiento de estos derechos de la sociedad: velará por ellos y los promoverá.

En consecuencia, creemos que la información y la expresión -entendidos como dualidad- aparecen primordialmente como derechos, aunque aún mantienen ciertos rasgos de libertades. Es por ello que a lo largo de este capítulo los entenderemos según la vertiente constitucional actual: como verdaderos derechos fundamentales.

1.2.2.2. Los cometidos sociales

En esencia, la información y la expresión permiten la formación de una opinión pública consciente y responsable. Por ende, coadyuvan al fortalecimiento de instituciones democráticas fuertes y a tomar conciencia de lo que nuestra actividad en el mundo de hoy demanda. Sin embargo, paralelamente con ello se les asignan ciertos roles que procuran el bienestar social, en ámbitos tan diversos como puede ser el control de la natalidad o la erradicación de las drogas. A ello nos dedicaremos en los siguientes renglones.

No debemos olvidar que la comunicación permite la interacción humana, razón por lo cual ha de convertirse en una forma válida de desarrollo personal y de progreso general.

⁷² La relación entre los derechos de comunicación del discurso y esta teoría democrática, puede encontrarse en Juan Carlos GAVARA DE CARA. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. p. 78.

Para Brandeis “es peligroso desanimar el pensamiento, la esperanza o la imaginación, puesto que el miedo genera represión, que la represión cría el odio, que amenaza la estabilidad del gobierno, que el camino de la seguridad descansa en la posibilidad libremente agravios supuestos y los remedios que se proponen”⁷³. Así, los derechos de comunicación del discurso aparecerán como una válvula de seguridad del sistema social.

Asimismo en una declaración dada por la Unesco, se afirma que el ejercicio de estos derechos “constituye un factor esencial del fortalecimiento de la paz y de la comprensión internacional”, por lo que “los medios de comunicación deben responder a las preocupaciones de los pueblos y de los individuos”⁷⁴, retribuyéndoles algo a cambio: un esfuerzo consciente por facilitar a los ciudadanos la mayor cantidad de información y la más variada gama de opiniones posible⁷⁵. Por eso se dice que estos derechos permiten a cada comunidad convertirse en organizaciones más flexibles y ‘adaptables’ y por lo tanto más estables⁷⁶.

En el caso peruano, el Ordenamiento le ha dado a los derechos a la expresión y a la información una fuerza superlativa dentro de la sociedad. No sólo les revela una función social genérica, sino que les brinda cometidos específicos.

Estos roles están directamente relacionados con los propios derechos de comunicación del discurso, o con el ejercicio de los medios de comunicación social, como agentes de socialización. A continuación estudiaremos seis de estas funciones en diversos aspectos de la comunidad⁷⁷, pero no negaremos la magnitud superlativa de la última de ellas.

⁷³ Sentencia del caso estadounidense *Whitney c/ California*, 274 US 357, 47 (1927), rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 29 y 30.

⁷⁴ Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el *apartheid* y la incitación a la guerra, dada por la Unesco el 28 de noviembre de 1978, artículo 2.

⁷⁵ ULIBARRI, Eduardo. La información como derecho individual y colectivo. En: ORDOÑEZ, Jaime (ed.). *Periodismo, derechos humanos y control del poder político en Centroamérica*. Op. cit. p. 52.

⁷⁶ EMERSON, Thomas. *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, cit. por Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ. La libertad de expresión. Op. cit. p. 31.

⁷⁷ Aunque no podemos negar que existen otros roles que pueden asignárseles. Tal como lo evoca el PONTIFICIO CONSEJO PARA LAS COMUNICACIONES SOCIALES, a partir del Concilio Vaticano II, la Iglesia ha tratado con meridian frecuencia el tema de los medios de comunicación, su papel y sus responsabilidades. Los ha considerado como ‘dones de Dios’ los cuales, de acuerdo con su providencial

a. **Ámbito familiar**

El artículo 6 de la Constitución de 1993 nos presenta el objetivo central de la política nacional de población: formación de una paternidad y maternidad responsables, y para ello deben colaborar los medios de comunicación social. Esta función se encuentra ratificada en el Reglamento del Consejo Nacional de Población.

La norma constitucional también nos dice que “el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios”, todo ello como una ayuda necesaria para que los padres de familia puedan decidir correctamente⁷⁸.

b. **Ámbitos educativo, moral y cultural**

En el artículo 14 *in fine* de nuestro Texto Constitucional⁷⁹, referido al tema pedagógico en el Perú, algo tan venido a menos en los últimos años, se dice que todos los medios de comunicación social deben ‘colaborar’ con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural de la población.

designio unen fraternalmente a los hombres “para que colaboren así con su voluntad salvadora” (*Communio et Progressio*, n° 2, 1971), razón por lo cual tanto la expresión y la información están “al servicio del bien común. La sociedad tiene el derecho a la información basada en la verdad, la libertad, la justicia y la solidaridad” (Catecismo de la Iglesia Católica, n° 2494, en referencia al Concilio Vaticano II, *Inter Mirifica*, n° 11) [Ética en la Publicidad. Ciudad del Vaticano: Editrice Vaticana, 1991. pp. 05 y 06].

⁷⁸ Sin embargo, este fin parece haber sido olvidado últimamente por el Estado puesto que ha comenzado una campaña indiscriminada de control de la natalidad, ya que si bien uno de los problemas de nuestro subdesarrollo es éste, sin embargo, más que imponer tal o cuál método – como la ligadura de trompas o la esterilización–, ha debido promover los distintos métodos de control existentes, no inclinándose a favor de algunos y discriminando otros. Debe dejar elegir a la población, no intentar escoger por ella.

⁷⁹ En un sentido similar se pronuncia el artículo 85 de la Constitución de Panamá: el uso de los medios de comunicación social debe servir para la difusión de la moral, la educación, la formación cultural de la sociedad y la conciencia nacional. Más claro aún es el tratamiento que da la Constitución brasileña (en el artículo 221 se señalan los principios de la producción y programación de las emisoras de radio y televisión, entre los cuales podemos encontrar a: 1. preferencia a las finalidades educativas, artísticas, culturales e informativas; 2. promoción de la cultura nacional y regional y estímulo a la producción independiente que haga posible su divulgación; 3. regionalización de la producción cultural, artística y periodística, de acuerdo con los porcentajes establecidos en la ley; y, 4. respeto a los valores éticos y sociales de la persona y de la familia).

Creemos que la principal forma en que se pueda cumplir con esta misión, es creando los medios de comunicación social una conciencia formativa a través de:

- (a) Realización de programas o publicaciones dedicados a estos temas

Recién en los últimos años ha existido una preocupación de los medios de comunicación social, en especial de la televisión, por realizar costosas producciones, bajo la forma de documentales, que redescubren las bellezas del Perú (como la reserva del Manu, el valle del Colca o los manglares de Tumbes) o impulsan principios sociales (como los que revaloran nuestro compromiso con la paz y la raíz común que tenemos con Ecuador).

En este punto tomaremos en cuenta que la influencia sobre todo de la televisión hace que los peruanos nos formemos una identidad cultural de acuerdo a nuestra medida⁸⁰. Los medios de comunicación social deben tomar conciencia de ello.

- (b) Reconducción de sus actividades hacia ese fin

Dentro de este aspecto es inconcebible que los ‘periódicos chichas’ usen jergas y lisuras para presentar las noticias, cuando no lo requieren⁸¹, o que existan programas en nuestra televisión como ciertos *talk shows* -o *reality shows*- que denigran a la persona humana y lo vuelven un objeto de burla y sátira, o programas de farándula, que sin respeto alguno por el televidente, hacen lo que sea por captar la atención de aquellos que viven de y para el chisme⁸². Y todo lo

⁸⁰ Un importante estudio sobre el tema lo podemos encontrar en el Proyecto de investigación Raíces de la cultura peruana y su incidencia en la educación, reproducido en su Informe Final por Luz GONZÁLEZ UMERES y Fabiola MORALES CASTILLO. Televisión y juventud. Modos de investigar su influencia en el Perú. Piura: Universidad de Piura, 1994. pp. 07 y ss.

⁸¹ Si no tan sólo veamos lo que nos presenta cada día uno de estos periódicos: “Destroza a su mujer por jugadora”, dice el titular de El Chino del lunes 9 de marzo. El anzuelo ha sido lanzado. La volada es muy precisa: ‘la ampayó coqueteando con galán en el tono’, ‘¡Qué tal p...!’ exclamará el lector del tabloide. La historia va agarrando cuerpo. Más abajo se detalla: ‘Mecánico la agarró a patadones y remató a pedradas’. Claro. Veamos qué sigue. Ha llegado la hora suprema de lo explícito: una foto a todo color y bien enfocada en el rostro destrozado y sanguinolento de la víctima. ‘¿Qué es ese coágulo que sale del ojo?’, se preguntan en el quiosco. Una leyenda sentencia a la mujer infiel: ‘¡Por tramposa!’ Al ladito nomás, las calatas de Iris Loza y Maribel Velarde, ambas con las nalgas, lenguas y tetas al aire fijan sus miradas en el lector, lo convencen. A ver, tres ferros, cuatro. Sí. Una china” [ROJAS, Silvia. La prensa del CRIMEN: Los tabloides chicha y sus excesos. En: La República. Suplemento Domingo. Lima, domingo 12 de abril de 1998. p. 09].

⁸² Pero no únicamente es la televisión y la prensa escrita la que cae en este problema. Y por ello, la preocupación de la Iglesia en este tema: “Aconseja encarecidamente asimismo, que se desarrolle una labor inteligente y celosa con los dirigentes y colaboradores de las radios estatales y comerciales para mejorar sus programas, de modo que se evite en ellos cuanto pueda ofender a la verdad y a la moral cristiana, y que se favorezca, lo más posible cuanto pueda contribuir a una sana formación de los oyentes” [Río de Janeiro. Declaración de los Cardenales, Arzobispos, Obispos y demás Prelados representantes de la jerarquía de América Latina reunidos en la Conferencia Episcopal de Río de Janeiro. conclusión 66].

hacen porque el fin esencial de la comunicación del discurso es el consumismo⁸³, origen de la preocupación por el *rating*.

Así, en una Jurisprudencia Nacional se ha considerado que “la existencia de los medios de comunicación no son sólo para informar a los lectores u oyentes de los diversos sucesos que ocurren a nivel local, nacional e internacional, sino que además de informar, el periodista debe hacer uso de un lenguaje orientado a educar a sus seguidores, estando vedado el uso de la palabra que por su contenido produce un efecto contrario a los lectores u oyentes”⁸⁴.

c. **Ámbito comunitario**

Un rol reconocido a nivel internacional es el que relaciona Cultura de Paz y derechos de comunicación del discurso. La no-violencia social es indispensable para el desarrollo de la comunidad peruana. En este objetivo se debe incluir a estos derechos.

Por consiguiente, los medios de comunicación social deben considerarse como “la garantía de que los pueblos del mundo alcanzarán a construir ese mundo más equitativo y más pacífico en el siglo que alboroa”⁸⁵ y “base para el desarrollo y la consolidación de una cultura de paz por cuanto aquéllos coadyuvan a sostener la moral y la solidaridad intelectual de los individuos y de los pueblos”⁸⁶.

Así el ejercicio adecuado de la comunicación del discurso lograron, de manera colateral, propiciar un acuerdo de paz entre Perú y Ecuador, tras haberse

⁸³ Para el PONTIFICIO CONSEJO PARA LAS COMUNICACIONES SOCIALES, “[e]n la situación actual, ocurre que los medios de comunicación exacerban los obstáculos individuales y sociales que impiden la solidaridad y el desarrollo integral de la persona humana. Estos obstáculos son especialmente el secularismo, el consumismo, el materialismo, la deshumanización y la ausencia de interés por la suerte de los pobres y los marginados” [Instrucción pastoral *Aetatis Novae*. Sobre las comunicaciones sociales, en el vigésimo aniversario de la Encíclica *Communio et Progressio*. punto 13. En: <http://www.multimedios.org/texts/aetatis.htm>, recogiendo los postulados de Juan Pablo II propuestos en *Centesimus annus* (1991)].

⁸⁴ Caso Francisco Lombardi c/ Félix Navarro Pereyra, Sentencia de la 7ª Sala Penal de la Corte Superior de Lima, del 14 de agosto de 1995, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. 119.

⁸⁵ ARBILLA, Danilo. La promoción y defensa de la libertad de prensa como base de la paz en América Latina. Conferencia realizada por el Presidente de la Comisión de la Libertad de Prensa de la SIP en el Encuentro de Editores y Directores de América Latina para una Cultura de Paz. Puebla: Inédito, 1997. p. 07.

⁸⁶ UNESCO. Nota informativa acerca del Foro Iberoamericano Comunicación e Información para la Democracia, Hacia la VII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Caracas, del 30 de junio al 01 de julio de 1997).

comprometido los medios de ambos países, hace tres años, a “continuar los encuentros para crear y mantener un marco de transparencia informativa, en las relaciones de los dos países en su camino a la paz”⁸⁷.

Pero el progreso de una comunidad podrá llegar no sólo cuando exista paz, sino también cuando reconozcamos la voluntad social de apoyarnos mutuamente y dejarnos de individualismos infructuosos. A ello también debe colaborar la información y la expresión.

Por eso, la comunicación social debe “[a]poyar e impulsar los esfuerzos de cuantos con el uso de los medios defienden la identidad cultural, asumiendo el desafío del encuentro con realidades nuevas y distintas y procurando se dé lugar a un diálogo auténtico: articular la comunicación masiva con la comunitaria y grupal”⁸⁸.

d. Ámbito económico

El artículo 65 de la Constitución es muy claro al respecto⁸⁹. Al referirse a la función de amparar el interés de los consumidores y usuarios, el Estado garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.

Una de las facetas del derecho a la información se refiere a recibirla; en tal sentido, debemos comprender la importancia que tiene saber a lo que uno accede -ya sea a bienes o servicios- debido a que dependiendo de dicho conocimiento, la persona estará en capacidad de escoger convenientemente. De esta manera, el rol

⁸⁷ Suscrita en el Encuentro de directores y editores de periódicos de América Latina para una Cultura de Paz por invitación de la Unesco, realizado en Puebla, 1997.

⁸⁸ Santo Domingo. IV Conferencia General del Episcopado Latinoamericano. Mensaje a los Pueblos de América Latina y el Caribe. conclusión 281.

⁸⁹ Algo similar se puede encontrar en Derecho Comparado: Se defenderá a la persona frente a productos, prácticas y servicios nocivos a la salud y al medio ambiente (Constitución de Brasil, artículo 220.3.II).

del Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) debe avocarse a propiciar dicha información.

e. Ámbito sanitario

Dentro del Plan Nacional de Prevención y Control de Drogas, a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros, se reconoce la activa labor de los medios de comunicación en un proyecto a favor de la prevención del consumo de las drogas y la represión de los traficantes.

Constituyendo el objetivo de su actividad, su participación se centrará “en el esfuerzo nacional para la reducción de la demanda, de la oferta y en la represión del tráfico ilícito de drogas y sus delitos conexos”, por lo que deberán “informar a la comunidad nacional e internacional de las acciones que nuestro país realiza en esta lucha”.

Para ello, el Gobierno utiliza como estrategia mantener informados a los medios de comunicación social. Además se proponen directivas directas y específicas, como estimular el debate nacional sobre temas vinculados al control de drogas convocando la participación de expertos en la materia, establecer un mecanismo de información permanente a la prensa, u organizar la participación de los medios por temas: prensa, radio y televisión, para lograr una información que anule los efectos no deseados y la distorsión del mensaje subliminal contenido en la noticia.

f. Ámbito democrático

Como hemos podido ver la tarea de los derechos a la expresión y a la información se ha tornado muy importante en el desarrollo de la sociedad, lo cual debe

redundar positivamente en la persona. Esta labor, además, se ve fortalecida con la existencia de los medios de comunicación social. No obstante, el mayor acierto respecto a estos derechos está sin duda en su relación con la democracia y la opinión pública.

Sin miedo de olvidar planteamientos iniciales respecto a estos derechos, el sentido actual de la comunicación del discurso se debe apreciar desde un aspecto institucional de los mismos, complementario del ámbito subjetivo. Es por ello que debemos analizar el artículo 2.4 conjuntamente con los principios del artículo 3 de la Constitución: soberanía del pueblo, Estado democrático y forma republicana de gobierno.

Así, los derechos a la expresión y a la información permitirán la verdadera formación de la opinión pública⁹⁰, constituyéndose en una pretensión ineludible de toda sociedad democrática⁹¹. Esta nueva vertiente de corte institucional, valorativa, democrática y social precisa una dimensión objetiva -y no sólo subjetiva- de estos derechos fundamentales, según la cual éstos simbolizarían la colaboración, complemento o suplencia de la representación política, y cuya práctica pertenece a la población, aunque últimamente pareciera ser único atributo de los periodistas. La utilidad de estos derechos en los medios de comunicación social es útil en un doble sentido⁹²: como informador hacia los ciudadanos, y como puente entre los ciudadanos y gobernantes, para que éstos se enteren de lo que opina la sociedad civil.

⁹⁰ BERDUGO, Ignacio. Temas de Derecho Penal. Op. cit. p. 296; además, Luis BRAMONT ARIAS. La libertad de expresión. Op. cit. p. 87; Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y derecho a la información. Op. cit. p. 145, siguiendo a RIDDER [*Meinungsfreiheit*]; Francisco ZÚÑIGA URBINA. Libertad de opinión e información. Op. cit. p. 183.

⁹¹ Sobre la relación ciudadano y Estado respecto a la comunicación del discurso, revisar Ronald DWORKIN. Los derechos en serio. Op. cit. p. 171; Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 94; Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 75 y ss.; Marcelino BISBAL. Pensar la democracia desde la comunicación. En: Comunicación. Estudios venezolanos de comunicación. Caracas, primer trimestre, n° 101 (1998). p. 17; Federico MAYOR. Medios de comunicación y cultura de paz – Discurso. Puebla: Inédito, 1997. p. 03; DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1996-1998. Lima, Perú: Virtual Service, 1998. p. 98; Raúl PEÑA CABRERA. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Lima: Ediciones Jurídicas, 1992. Op. cit. t. I, pp. 615 y 616; Sonia PICADO. La información como un derecho humano colectivo. Op. cit. p. 47; Jesús María AGUIRRE. Derecho a la comunicación y compromiso ético de los comunicadores. Op. cit. pp. 33 y ss.; Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. pp. 22, 43; Lilia JORGE. El futuro de la prensa, desde la historia. En: Diálogos de la Comunicación. Revista teórica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social. Lima, n° 57 (may. 1998). pp. 41 y 42.

Este asunto también ha sido revisado por nuestra Jurisprudencia cuando señala que “en el Estado Democrático de Derecho, la libertad de expresión tiene un carácter constitutivo y fundamental cuando se trata de ejercitar el derecho tendente a la formación de la voluntad política de la comunidad”⁹³, siendo por ello “uno de los pilares de toda sociedad libre y democrática”⁹⁴.

Pese a que es inevitable que existan críticas a este planteamiento, concordamos con Solozábal Echavarría cuando señala un argumento esencial desde el punto de vista funcional: la doble naturaleza de los derechos fundamentales nos permite darles un sentido correcto dentro de la determinación de contenidos, además de asignarles a los titulares de estos derechos un margen adecuado para su actuación -como puede ser la ordenación económica de los medios de comunicación social-⁹⁵.

Con relación a este ámbito objetivo, consideramos que una de las bases para fortificar la democracia de los países es la comunicación de los diversos discursos: comprender ideas de los demás, expresar las propias e informarnos para conocer la verdad⁹⁶. Entonces, es lógico entender que por su importancia estos derechos hayan llegado a ser considerados como la ‘piedra angular de los principios de la democracia’, como un verdadero sustentáculo de ella⁹⁷.

⁹² ALTOAGUIRRE, Marta. Límites formales y no formales a la libertad de expresión: El caso de Guatemala. En: ORDOÑEZ, Jaime (ed.). Periodismo, derechos humanos y control del poder político en Centroamérica. Op. cit. p. 102.

⁹³ Caso Clemente Noel Moral c/ César Hildebrant Pérez-Treviño, Sentencia del Tercer Juzgado Penal de Lima, de 07 de octubre de 1991; en la misma línea, caso Juan Alarcón Vela c/ Aurelio Miró Quesada Sosa y Alejandro Miró Quesada Garland, Sexta Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, sentencia del 10 de diciembre de 1997.

⁹⁴ Caso Enrique Chirinos Soto c/ César Hildebrant Pérez-Treviño, Sentencia de la Sexta Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, del 03 de septiembre de 1999, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 95.

Además, el Tribunal Constitucional alemán a partir de la sentencia Nordrhein-Westfalen, recoge la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en desmedro de la subjetiva, acogiendo la ‘especificidad institucional de la prensa’. Este planteamiento teutónico nos deriva a la consolidación de ciertos conceptos incluidos dentro de los derechos: la estructura competitiva del mercado, el deber de información de las autoridades públicas, la veracidad en la información y la primacía en las colisiones con derechos personalísimos [rec. por Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. pp. 106 y 107]. Por su parte, el Tribunal Constitucional hispano ha señalado en múltiples oportunidades que estos derechos no solamente poseen un ámbito subjetivo sino que “significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre indisolublemente ligada con el pluralismo político” [Sentencias 6/1981, 12/1982, 104/1986, 159/9186 y 20/1990, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 121].

⁹⁵ La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. pp. 105 y 106.

⁹⁶ Así, según la Constitución de Eritrea, dentro de los principios democráticos y según los derechos de comunicación del discurso, el Estado creará las condiciones necesarias por establecer una cultura democrática, política definida por el desarrollo de pensamiento libre y crítico, tolerancia y acuerdo general nacional (artículo 7.6).

⁹⁷ Dentro de este esbozo, los derechos a la expresión y a la información, han de aparecer, tal como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como “una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quien desee influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente” [Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas. párr. 70, reiterada en el Informe Anual de 1994, 88° Período de Sesiones (documento 9), dado en Washington, el 17 de

La importancia tan celebrada de estos derechos en el mundo de hoy se debe quizás a que las deficiencias representativas del Estado moderno nos han llevado a la necesidad de plantearnos alguna fórmula que intente solucionar dicho problema. En este sentido, la exhibición de los medios de comunicación social -y en general, de los derechos de comunicación del discurso- como fundamento para la preformación de la voluntad política de los órganos del Estado aparecen como substanciales.

Dentro de este esquema, los *media* han de exhibirse, para algunos, como una instancia más dinámica y actual que los propios partidos políticos para la configuración de gobiernos capaces e incorruptibles, formando de este modo la verdadera voluntad del pueblo.

Este tema propuesto por Leibohlz⁹⁸, sin embargo, debe ser complementado y salir airoso de una pregunta: ¿cómo debe llevarse a cabo dicho acercamiento hacia la formación de tal voluntad? Existen varios planteamientos al respecto.

(a) La búsqueda de la verdad

febrero de 1995. Capítulo V, Informe sobre la Compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; siguiendo a las NACIONES UNIDAS. Primer Periodo de Sesiones, Resolución n° 59, de 14 de diciembre de 1946, cit. por Jaime ORDÓÑEZ. Periodismo, derechos humanos y control del poder político: Una aproximación teórica. En: ORDÓÑEZ, Jaime (ed.). Periodismo, derechos humanos y control del poder político en Centroamérica. Op. cit. p. 15; y, seguida por el punto 7 del Código propuesto por la Asociación Nacional de Periodistas y Federación de Periodistas del Perú, cit. por Alejandro MIRÓ QUESADA GARLAND. El periodismo. Lima: SED, 1991. p. 136; en el mismo sentido, Jesús KOHAGURA GAHONA. Sin libertad de expresión no hay democracia. En: FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE PERIODISTAS. El periodismo tiene mucho que decir. Op. cit. 43].

Así también ha sido considerado por el Informe de la Comisión Europea en el caso Glasenapp, dado el 11 de mayo de 1984 [rec. por Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 96], seguido por las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de julio de 1986, Caso Lingens, rec. por Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. pp. 185 y ss; Caso Handyside, de 1976 [rec. por Juan Antonio TRAVIESO. La libertad de expresión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, t. 1998-E. p. 890].

Pese al tratamiento bastante similar entre estos dos sistemas regionales, acotaremos que nuestra normativa americana no cuenta con una norma que reconozca el sustento democrático de la expresión y la información, a diferencia de lo ocurre en el sistema europeo (Convenio Europeo, artículo 10.2). Aunque, “esta diferencia en la terminología pierde significado puesto que la Convención Europea no contiene ninguna provisión comparable con el artículo 29 de la Americana, que dispone reglas para interpretar sus disposiciones y prohíbe que la interpretación pueda ‘excluir otros derechos y garantías [...] que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno’” [Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas. párr. 44].

Ya Mill, en su época, señalaba que todo gobierno debe respetar cualquier discurso, así éste se encuentre equivocado. La discusión nos llevará, según se afirma, a la ‘verdad’.

Si bien nace de una teoría eminentemente liberal y toma a todo discurso como plausible de ser definido en cuestión de corrección y error -así sea expresión-, debemos reconocer la importancia de los cuatro ejes de su postura⁹⁹:

- negar que el discurso reducido al silencio puede ser cierto y que su verdad pueda averiguarse en un debate supone declarar que quien detenta el poder es inmune al error¹⁰⁰ (y es que negar opiniones contrarias a lo que ellos señalan es postular su propia infalibilidad);
- un discurso globalmente incorrecto puede contener partes de verdad;
- un juicio verdadero pero no sometido al debate degenera fácilmente en prejuicio o dogma (siendo cierto podría ser racionalmente fundado y sometido a la discusión);
- así sea un discurso en principio verdadero puede llegar a desdibujarse, corromperse o perderse si no es objeto de análisis y discusión.

(b) El mercado de las ideas

Si bien la propuesta original fue dada por Milton a través su ‘proceso autocorrectivo’¹⁰¹, ésta luego fue mejorada por Mill y concretada por Oliver Holmes. Fue justamente el magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica quien señaló que siempre un discurso requiere del mercado de las ideas.

⁹⁸ *Das Wesen der Repräsentation*, cit. por Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 76.

⁹⁹ Sobre la libertad (versión original, *On Liberty*, 1859). Barcelona: Orbis, 1985. pp. 53 y 54.

¹⁰⁰ VARGAS LLOSA ha señalado al respecto que “[l]a única manera –no de no errar– sino de no perseverar en el error, es que las soluciones que aplica una sociedad estén constantemente cauteladas” por los derechos de comunicación del discurso [Una batalla cultural. Op. cit. p. 44].

¹⁰¹ *Areopagítica*, cit. por Modesto SAAVEDRA LÓPEZ. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 100.

Así, “cuando los hombres comprueban cómo el tiempo ha podido invalidar muchas creencias agresivas, entonces pueden llegar a creer incluso más profundamente de lo que creen que constituye la base auténtica de su propia conducta que el ansiado bien supremo se consigue de mejor manera en el mercado libre de las ideas, que el mejor criterio de la verdad es el poder que el pensamiento puede tener de ser aceptado en la competencia de mercado, y que la verdad es el único fundamento sobre el que sus deseos pueden cumplirse”¹⁰².

(c) El efecto ideológico

Dentro de una tradición marxista, podemos encontrar la función social de las consecuencias ideológicas del discurso en la población. Esta idea va en un triple sentido¹⁰³: suministro de un conocimiento social, darle un sentido al ‘mundo’ y producción del consenso y construcción de legitimidad.

Sin embargo, esta propuesta trae consigo un proceso de alienación cultural¹⁰⁴, la cual es más abierta y explícita que la del capitalismo, tal como lo revisaremos *infra*.

(d) La decisión correcta

Pero, quien efectivamente defendió a los derechos a la expresión e información como base de un gobierno democrático, ha sido Meiklejohn. Para él, las personas no pueden tomar una decisión correcta en unas elecciones sino cuentan con suficiente información: “Nosotros, el pueblo, tenemos que tratar de comprender los problemas que la nación debe afrontar [...]. Estamos obligados a enjuiciar las decisiones que nuestros representantes tomen en relación con aquellos problemas. Y, además, debemos participar en el diseño de los procedimientos para que dichas decisiones sean las más adecuadas y eficaces o, caso necesario, sean sustituidas por otras aparentemente mejores y más efectivas”¹⁰⁵.

¹⁰² HOLMES, dentro de un voto particular en el proceso *Abrams c/ United States* (250 US 616, 630, 640, 1919), rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 27; Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ. La libertad de expresión. Op. cit. p. 24.

¹⁰³ SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. pp. 35 y ss.

¹⁰⁴ Por eso no es ilógico observar que la Constitución cubana señale que los derechos de comunicación del discurso deben ser reconocidos “conforme a los fines de la sociedad socialista” (artículo 53).

¹⁰⁵ MEIKLEJOHN. *The First Amendment Is an Absolute*, cit. por Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ. La libertad de expresión. Op. cit. p. 26.

Y para ello, el rol del comunicador social se vuelve en trascendental, razón por la cual Hildebrant Pérez Treviño, ha señalado refiriéndose a otro gran periodista como fue Alfonso Tealdo, que “el periodismo [es] un hermano siamés de la sospecha. No había declaración oficial ni opinión de ministro ni anuncio palaciego que no merecieran para él, un enarcamiento de cejas, un mohín de incredulidad y, a veces, una carraspera de lo más significativa”¹⁰⁶. Así lograba investigar todo aquello que aparecía como oscuro dentro de los gobiernos.

En un caso de Jurisprudencia Comparada se ha señalado que esta dualidad de derechos “está diseñada para remover y el propósito de remover, las restricciones gubernamentales de la arena de la discusión política, dejando ampliamente la decisión en torno a cuáles opiniones podrán ventilarse en las manos de cada uno de nosotros, en la esperanza que el uso de esta libertad producirá, en última instancia, una ciudadanía más capaz y una forma de gobierno más perfecta, y en la creencia de que ningún otro enfoque sería compatible con la premisa de la dignidad humana y la elección sobre la cual descansa nuestro sistema político”¹⁰⁷.

(e) Capacidad, oportunidad y poder

Para Sánchez González, los dos derechos comunicativos poseen tanto un ámbito negativo -como contrapeso al Estado- y uno positivo. En el primero encontramos la mezcla de la independencia y reflexión (aunque la denomina *privacy*); en el segundo, que es el que relaciona su rol en la democracia, está la capacidad, la oportunidad y el poder, todo ello como una fuerza triple que posee intrínsecamente el derecho¹⁰⁸.

Según WHITE, “[t]he modernist premises of Mielejohn’s perspective, we have seen, were that in a universe in which humans had come to be thought of as the principal causal agents affecting their destiny, and in a nation whose governmental system presupposed a democratic model of politics, speech was more than just an activity in which Americans participated” [The First Amendment Comes of Age: The emergence of Free Speech in Twentieth-Century America. En: *Michigan Law Review*. Michigan, v. 95, n° 2 (nov. 1996). p. 385].

¹⁰⁶ Sólo cabe el parto grandioso de la unidad – Discurso. Homenaje a César Hildebrant realizado por el Colegio de Abogados de Lima (jun. de 1999). Lima: Inédito, 1999. p. 02.

¹⁰⁷ Caso Cohen c/ California, 403 US 24, 1971, cit. por Héctor FAÜNDE Z LEDESMA. La libertad de expresión. Op. cit. pp. 250 y 251. Para FERRANDO GAMARRA, “[l]a ignorancia es un impedimento grave para encontrar soluciones idóneas, apropiadas y justas a los problemas. Y tal ignorancia es reprochable, aunque en distinto grado, tanto para quienes ejercen función pública y por ende, adoptan decisiones, como para la población que pretende participar en la gestión pública sin estar debidamente preparada” [El derecho a la información. En: *Themis – Revista de Derecho*. Segunda Época. Publicación editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, n° 32 (1995). p. 82].

¹⁰⁸ La libertad de expresión. Op. cit. p. 95.

Además de las propuestas teóricas de brindarles un sustento objetivo a estos derechos, no debemos olvidar que dentro de nuestro propio Ordenamiento, podemos encontrar también algunas normas que han indicado la importancia de estos derechos en este campo. El fortalecimiento democrático no sólo es un ideal sino una realidad.

Entre otros, podemos encontrar dos funciones democráticas de los medios de comunicación social:

- (a) Luchar contra la corrupción

El artículo 139.4 de la Constitución consagra como principio de la actividad jurisdiccional la publicidad de los procesos, salvo que la ley disponga lo contrario. Sin embargo, en ciertos casos se pone énfasis a esta premisa general: “[l]os procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos”.

Congruente con este cometido constitucional, a través de la Ordenanza 102 de la Municipalidad de Lima, dada en 1996, se ha creado la Comisión Metropolitana contra la Corrupción Municipal, como una forma más dinámica de colaboración por parte de los medios de comunicación social. En el artículo octavo de la misma se ha considerado que toda investigación sobre actos de esta índole, deben ser dados a conocer a estos medios en cuanto son “manifestación de la función social que cumple la libertad de expresión e información debiendo recibir protección y apoyo por parte de las Comisiones objeto de la Ordenanza”. Para cumplir este fin, los periodistas habrán de tener un amplio acceso a las fuentes informativas (como correlato del acceso a la información). De esta forma, se probará la importancia que tienen en este campo los derechos de comunicación del discurso, en especial, la información, coadyuvando la actividad depurativa de los gobiernos municipales.

- (b) Procurar una elección adecuada

Existen diversas normas que buscan una actitud positiva de los medios de comunicación social a favor de una participación ciudadana según los cánones constitucionales. Así, la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones señala como una función de este organismo, el “desarrollar programas de educación electoral que permitan crear conciencia cívica en la ciudadanía. Para tal efecto podrá suscribir convenios con los colegios, universidades y medios de comunicación. Esta función no será ejercida durante los procesos electorales”¹⁰⁹.

Además, basándose en el artículo 35 *in fine* de la Constitución, los medios públicos de comunicación social están obligados a brindar espacios para que los candidatos puedan dar a conocer sus propuestas a los electores (artículo 207 de la Ley Orgánica Electoral¹¹⁰). No por ello pueden excluirse de esta responsabilidad los medios privados puesto que éstos son los que tienen mayor llegada al público.

Pero en esencia, lo que hacen estos derechos es controlar al gobernante, muchas veces abusivo de su investidura. Si no hay forma de controlarlo directamente, la investigación periodística sobre sus actos y la publicidad de la misma permitirá tener una idea clara de lo que significa esta actividad gubernativa. De este postulado surge la gran dificultad que se tiene para su efectividad real.

Así, todo lo expresado hasta aquí resulta vano si los organismos democráticos son utilizados por los detentores del poder para, en vez de cooperar con ellos, limitar los derechos de comunicación del discurso. Elecciones libres y transparentes, así como la existencia de la división formal de los Poderes del Estado, son condiciones necesarias mas no suficientes para lograr un desarrollo democrático participativo de los pueblos, basado en un conveniente y fluido

¹⁰⁹ Artículo 5.x de la Ley n° 26486, 1995.

¹¹⁰ “Las estaciones de radiodifusión de propiedad del Estado pondrán a disposición de los partidos políticos inscritos o de las alianzas de partidos o de las listas presidenciales independientes, sin costo alguno, un espacio diario de 30 minutos en sus programas, desde un mes antes y hasta el día y hora señalados en el artículo anterior. Los espacios de dichos programas estarán comprendidos entre las 19 y 21 horas, las fechas y horas serán asignadas a los partidos, alianzas y listas presidenciales independientes, por sorteo, el cual se efectuará en la Dirección de Radio Nacional del Perú en presencia de los personeros de los partidos, alianzas y listas presidenciales independientes, en lo que respecta a dicha estación y a las demás oficiales de la República. Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, está prohibido, a través de

intercambio de noticias y opiniones y así fructificar los demás elementos de las sociedades democráticas.

Y es que el problema de la institucionalidad democrática en Latinoamérica -en el que no se puede obviar el Perú, como ya lo revisáramos-, se centra en la debilidad de los organismos estatales, realizadores de diversos actos ilegales o abusivos en contra de estos derechos.

Justamente con el fin de fortalecer la vigencia real de estos derechos en la región, ha sido creada recientemente la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión¹¹¹. Entre sus principales atribuciones aparecen la realización de informes generales y temáticos, la creación de una Red Hemisférica para la protección de los derechos informativos (para que de esta manera se facilite la transmisión rápida de información entre los miembros de esta Red y evitar las posibles violaciones)¹¹², visitas a los países de la región y promoción de los derechos involucrados.

Y aunque existe preocupación en temas como éstos por parte de personalidades como Ribogerta Menchú, Premio Nobel de la Paz y Embajadora de Buena Voluntad de la Unesco¹¹³, no hay que ser muy optimistas: para algunos, la democracia también es imposible con la comunicación del discurso¹¹⁴. Creemos que los medios de comunicación social, tal como lo señala Bentham, al actuar como un supervisor de la minoría gobernante, no sólo se convierten en un 'poder controlador' sino que, justamente, en la posición de otra 'minoría', ya no del gobierno, sino de los

las publicaciones oficiales, radiodifusoras o estaciones de televisión o imprenta, cuando sean de propiedad del Estado, el efectuar propaganda política en favor o en contra de cualquier partido o candidato”.

¹¹¹ Esta Relatoría fue instaurada gracias a la iniciativa propuesta en el 97° Periodo de Sesiones llevado a cabo en octubre de 1997 por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y concretizada en el siguiente periodo (el 98°, en marzo de 1998) y ha comenzado a funcionar el 02 de noviembre de 1998, con el argentino Santiago Alejandro Cantón como Relator Especial.

¹¹² Con respecto a la Red Hemisférica, podemos encontrar el trabajo realizado en un caso nacional en el que un locutor de radio nacional que bajo amenaza de muerte emitió un comunicado terrorista, razón por la cual el grupo Instituto Prensa y Sociedad (IPYS) le contrató un abogado y comunicó el problema ante la Relatoría, quien inmediatamente se comunicó con la Misión del Perú ante la Organización de Estados Americanos, siendo finalmente liberado el afectado y exonerado de toda culpa.

¹¹³ Sociedad y Comunicación – Discurso inaugural. En: ALAI y ARPAS. Foro Internacional Comunicación y Ciudadanía. <http://www.presidencia.gob.pa/dislibertad.html>.

¹¹⁴ SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 190.

medios, y ésta puede ser tan corrupta o autoritaria como aquélla¹¹⁵. Esto es preocupante. Además, para Chomsky y Herman, “en un mundo en el que la riqueza está concentrada y en el que existen grandes conflictos de intereses de clase, el cumplimiento de tal papel requiere una propaganda sistemática”, por eso se propone la existencia de un ‘modelo de propaganda’, el mismo que tras poner énfasis en las desigualdades, termina siendo un vehículo para que entre Estado y medios de comunicación social exista dependencia técnica y política, incluyéndose filtros a los discursos, como con la correspondencia con el poder económico, con la publicidad o con el suministro de noticias¹¹⁶.

Pero más allá de las dificultades, debemos considerar que los derechos a la expresión y a la información poseen claramente una doble naturaleza: una subjetiva y otra objetiva, ambos plenamente identificables y contenidos muy precisos. Lo que no compartimos es que más allá de identificar con claridad los dos ámbitos, que es propia de todo derecho fundamental, se haya tratado de considerar una preeminencia de estos derechos dentro de la amalgama de derechos en las Constituciones. Términos como ‘posición preferente’ o ‘efecto irradiante’ no hace sino llevarnos a una concepción errada, desvinculada de los Parámetros Constitucionales; no es más que un eufemismo de un orden jerarquizado incompatible con la Teoría Contemporánea que pretende colocar a estos derechos en la cúspide valorativa. De esto hablaremos más detenidamente en el Capítulo Quinto.

2. Los elementos configuradores

¹¹⁵ *On the liberty of the press and public discussion*, cit. por Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 12.

¹¹⁶ *Manufacturing Consent. The Political Economy of the Mass Media* (versión en castellano, Los guardianes de la libertad. Propaganda, desinformación y consenso en los medios de comunicación de masas). Barcelona: Girjalbo Mondadori, 1995. pp. 21 y ss. Además, consideran que los “medios compiten activamente, atacan y exponen con cierta periodicidad los errores del gobierno y de las corporaciones, y se autocalifican enérgicamente de portavoces de la libertad de expresión y de los intereses generales de la comunidad” [Ibid. p. 22].

A partir del enunciado normativo de un derecho fundamental, debemos a través de la interpretación, asignarle el contenido que le corresponde. En el caso de los derechos de comunicación del discurso, se exhibe una cierta preocupación por parte de los legisladores por dotarle un significado aún cuando éste puede resultar incompleto. Por ello, la actividad que realizaremos a continuación, no se refiere a limitar simplemente el derecho, sino a configurarlo, en la forma de concretización, proceso por el cual al sentido incompleto de los derechos¹¹⁷, debe proporcionárseles los elementos aún faltantes. A ello nos dedicaremos a continuación.

2.1. Componentes objetivos

Recordemos que los componentes objetivos de los derechos fundamentales son dos: el bien jurídico protegido y los supuestos de hecho de cada derecho. Pasemos a revisarlos.

2.1.1. Los bienes jurídicos tutelados

Tal como el propio nombre genérico de ‘comunicación del discurso’ nos invita a pensar, la base de la protección de estos derechos se encuentra en el ‘discurso’.

¹¹⁷ Una de las cosas que presenta el artículo 2.4 es la imposibilidad de censura previa; a través de este dispositivo, la Norma Fundamental se dirige a los destinatarios directos del precepto –el Estado– para que se abstengan de realizar actividades que se impida el libre ejercicio de estos derechos fundamentales. Otro aspecto que nos muestra es la inclusión de la creación de los medios de comunicación social como parte de estos derechos, insistiéndose además en la imposibilidad estatal –y sigue refiriéndose al Gobierno como destinatario de la norma– de suspender, clausurar o impedir el trabajo informativo y de expresión. Además –aunque esto será materia del siguiente subcapítulo–, se ve limitado por los derechos del artículo 2.7 al referirse a la rectificación. Entonces, podemos ver que el legislador se ha preocupado de darnos ciertas señales acerca de lo que representan estos derechos en el Ordenamiento.

Ha existido una cierta discusión doctrinal acerca de qué tipo de discursos pueden estar protegidos constitucionalmente. Si bien para algunos sólo estaría el político, desde nuestro punto de vista existe una diversidad de discursos amparados constitucionalmente.

A continuación, debemos reconocer algunos de los discursos que se presentan dentro de esta heterogeneidad¹¹⁸:

- i. El debate político: es la principal alocución defendida¹¹⁹, recordando, en este sentido, su valiosa contribución al aspecto democrático al permitir una cuota de control sobre el gobierno y sobre la conducción de los asuntos públicos.
- ii. El discurso de índole religioso¹²⁰: es conjuntamente con el político, otro de los temas tabúes en los medios de comunicación puesto que ha experimentado diversas reacciones de intolerancia y represión.
- iii. El ámbito intelectual: permite utilizar estos derechos como herramienta indispensable en el proceso y desarrollo de la humanidad, en esferas como la educativa¹²¹, la técnica y la científica; así, la discusión y la investigación se verían reforzada.
- iv. La comunicación comercial: es otro de los programas incluidos en los derechos, al permitir la difusión de publicidad facilitándose a los individuos el ingreso al

¹¹⁸ Para la Constitución de México se deben proteger los discursos sobre cualquier materia (artículo 7). Se refiere a la diversidad de discursos, Héctor FAÚNDEZ LEDESMA. La libertad de expresión. Op. cit. pp. 253 y ss.; Juan Jorge FAÚNDES. Una perspectiva estratégica y compleja del periodismo latinoamericano. En: Diálogos de la Comunicación. Revista teórica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social. Lima, n° 57 (may. 1998). p. 27.

¹¹⁹ Tanto así que a veces se le ha reconocido como el contenido esencial de los derechos de comunicación del discurso (propuesta de Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ. La libertad de expresión. Op. cit. p. 76; en cierto sentido, Guillermo FLORIS MARGADANT. La libertad de imprenta en el Constitucionalismo Norteamericano y el Mexicano. En: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Estudios en Homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas. México: UNAM (Serie E, n° 42), 1998. p. 1125) y se sobreentiende como parte constituyente de los derechos, razón por la cual sólo ha sido reconocida expresamente por la Constitución de Panamá, artículo 85.

¹²⁰ Para la Encíclica *Communio et progressio*, la comunicación de un discurso es una vía hacia la comunión puesto que es “más que la sola manifestación de ideas o expresión de sentimientos”, es “una entrega de sí mismo por amor”, siendo el reflejo de la comunión eclesial y puede contribuir a ella [11; AAS, LXIII (1971)].

¹²¹ En el caso de la educación, además de la nuestra (artículo 14), Constituciones de Brasil, artículo 5.IX (intelectual y científico), Panamá, artículo 85 (y cultural y científico) y Arabia, artículo X (y mantener la unidad nacional).

mercado de bienes y servicios de manera consciente¹²² (aunque muchas veces los anunciantes lo utilizan con un fin meramente lucrativo).

- v. El discurso de índole de entretenimiento¹²³: también resulta trascendental, en un panorama difícil para la mayoría de peruanos, escaparse momentáneamente de los problemas que le aquejan y aprovechar los momentos de relax y ocio (así existe una gran gama de esta actividad en el campo de las telenovelas, de los programas concurso, de los deportes o de los dibujos animados).
- vi. El tema artístico¹²⁴ y literario: forma parte de la presentación por los medios de comunicación, y que un país demuestra su instrucción consolidando sus conocimientos con su correspondiente percepción cultural.

Debe quedar claro además que tanto con la información, pero especialmente con la expresión se salvaguardan discursos, no actos¹²⁵. Si bien tomando el sentido natural la palabra ‘expresión’ ella puede albergar cualquier tipo de manifestación, ya sea a través de discursos o de actos, el sentido jurídico que le da la Constitución sólo se encuentra referido a los primeros.

A diferencia de lo que sucede en nuestro caso (es muy claro el artículo 2.4 cuando señala que sólo se protege la ‘palabra’ y la ‘imagen’)¹²⁶, en otros países se

¹²² Recordemos el artículo 65 de nuestra Constitución.

Sin embargo, para la Comisión Europea, en su Decisión de la demanda 8705/77, X y Church of Scientology c/ Suecia, señaló, respecto a este discurso, que “el nivel de protección debe ser menor que el concedido a la expresión de ideas ‘políticas’, en el sentido más amplio, de la que se ocupa principalmente los valores que sustentan el concepto de libertad de expresión en el Convenio” [rec. por J. VERVAELE. El Sistema Europeo. Libertad de prensa, libertad de expresión y protección de los bienes jurídico penales. En: ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS – PROYECTO JUSTICIA PENAL Y LIBERTAD DE PRENSA EN CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ. Justicia Penal y Libertad de Prensa. Op. cit. p. 604].

¹²³ Constitución de Panamá, artículo 85.

A veces los medios de comunicación social participan del proceso de ‘gratificación psicológica’: solamente presentan diversión y se olvidan de promover la conciencia [SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 152].

¹²⁴ Constitución de Brasil, artículo 5.IX.

¹²⁵ Si bien ‘expresar’ significa “manifestar con palabras, miradas o gestos, lo que uno quiere dar a entender”, la ‘expresión’ debe ser entendida o como una “palabra o locución” o como “lo que, en un signo o un enunciado lingüístico, corresponde sólo al significante oral o escrito” [REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española].

¹²⁶ Desde nuestra Constitución debe quedar claro es que una cosa es discurso y otra es conducta. Así, “[l]a manifestación de voluntad presupone que el individuo ha salido de lo interno y ha realizado un acto, pero un acto de voluntad, no es un acto en sentido estrictamente jurídico” [BRAMONT ARIAS, Luis. Libertad de expresión. Op. cit. p. 89]. Debemos precisar además que este discurso es un acto y no un hecho jurídico: “no hay voluntariedad si quien habla o escribe lo hace bajo el influjo de una sustancia tóxica. Justificación: no es razonable dar crédito a lo dichos o escritos de que no está en condiciones de razonar” [SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 141; en la misma línea, Juan Carlos CARBONELL MATEU. Libertad de expresión y derecho al honor. Op. cit. p. 47, Informe de la

encuentra salvaguardado todo acto a través de este derecho¹²⁷. Así, recientemente se ha consolidado en un caso de Jurisprudencia Comparada que se puede proteger a través del Derecho Constitucional, un comportamiento no lingüístico si es que representa un *symbolic speech*, aunque este tratamiento no goza de mucha homogeneidad, sobre todo protegiendo actos desleales contra la bandera¹²⁸.

Para ahondar más en el Ordenamiento peruano, podemos encontrar dentro del Código Penal dos normas que protegen los símbolos y valores de la patria. El resguardo se da, y esto lo señala muy claramente el artículo 344, tanto para la expresión verbal como para la de obras. Es decir separa acciones y discursos; son dos formas distintas de ofender, ultrajar, vilipendiar o menospreciar, de manera pública o por cualquier medio de comunicación social “los símbolos de la Patria o la memoria de los próceres o héroes que nuestra historia consagra”.

Otro tema a revisar es el del principio de la libre circulación del discurso. Según éste, la comunicación no debe restringirse a un determinado ámbito, sino permitir que la mayoría de personas conozca más sobre las ideas y noticias del mundo. Esto se basa en la internacionalización del discurso.

Buenos ejemplos de lo que significa esta globalización¹²⁹ los podemos ver en internet o el cable. A través de ellos podemos enterarnos desde distintos puntos de

Comisión Internacional para el Estudio de los Problemas de la Comunicación: Un solo mundo, voces múltiples, 1981, cit. por Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 23].

¹²⁷ A favor de incluir dentro de la expresión a los actos, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 99; Modesto SAAVEDRA LÓPEZ. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 18; Héctor FAÚNDEZ LEDESMA. La libertad de expresión. Op. cit. pp. 257 y ss. En la misma línea, Constituciones de Angola, artículo 32.1 y Etiopía, artículo 29.2 (en esencia para el arte). Además el artículo 13.1 de la Convención de los derechos del niño es clarísima es este sentido: estos derechos serán ejercidos “ya sea oralmente, por escritos o impresos, en forma artística o cualquier otro medio elegido por el niño”, aunque creemos que el sustento real de esta inclusión será las dificultades que puede tener un párvulo para emitir un discurso.

¹²⁸ Caso Texas c/ Gregory Lee Johnson. Sentencia de la *Texas Court of Criminal Appeals* [rec. por *The United Law Law Review*, 1989, 57 LW 4770], precedente en el que Gregory Lee Johnson realizó una ácida campaña en contra de las instituciones de su país, llegando como acto de protesta a quemar una bandera de su país.

Este tema no es novedoso en la Jurisprudencia de los estadounidenses. Desde 1930 ha sido tratado. A favor: *Street c/ New York* (se protegía la acción de una persona que tras enarbolar una bandera decía “*We don’t need no damn flags*”) [349 US (1969)]; *Spence c/ Washington* (un ciudadano podía según la determinación del Tribunal, hacer un ‘uso impropio’ de la bandera, como coserle un símbolo que éste buscaba encomiar) [418 US 405 (1974)]. En contra de ampararla: *U.S. c/ O’Brien* (si bien el Tribunal Supremo norteamericano acoge dentro de la Primera Enmienda ciertos supuestos no lingüísticos, no los protege todos, como el realizado por el señor O’Brien cuando quemara su documentación militar por estar en contra de la intervención de su país a Vietnam) [376 US 254 (1964)]; *Texas c/ Johnson* (se tomaba en cuenta que se debía salvaguardar el orden público y preservar la bandera como símbolo contra la nación). En vista de todo este problema respecto a la bandera se trató de solucionar este tema dentro de la *Flag Protection Act of 1989, Section 2, Criminal Penalties with respect to the physical integrity of the United States Flag*. Esta Jurisprudencia puede ser revisada con mayor detenimiento en Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 36 y ss.

¹²⁹ Para la *GLOBAL INTERNET LIBERTY CAMPAIGN*, “Con el advenimiento del Internet, los métodos de acceso y difusión del discurso han cambiado fundamentalmente, con implicaciones profundas para los individuos, la sociedad civil y gobiernos” [*Regardless of Frontiers. Protecting*

vista los sucesos que ocurren en diversas partes del mundo, pero no sólo eso, en el caso específico de internet, uno puede acceder a una variedad de periódicos y señales de canal de otras regiones en el mismo Perú que no se tiene llegada estando en Lima (por ejemplo, podemos leer, desde su página *web*, a La Industria y así enterarnos de lo que sucede en Chiclayo).

Este proceso del libre flujo de la información, “expresa el reordenamiento mundial basado en la interdependencia de las economías bajo la batuta del capital financiero y la reducción del peso e importancia de los Estados nacionales”, lo cual ha influido en los derechos de comunicación del discurso, permitiendo el “desarrollo de nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTIC), que se ha traducido en la articulación de un sistema planetario de comunicación que puede operar indistintamente por diversos canales y de manera simultánea, dando lugar al ‘multimedia’ y a la emergencia de una nueva realidad espacio-temporal, el ciberespacio”. Pero, tal como van las cosas, “al mortal que quiera indagar el futuro, antes que respuestas coherentes lo más seguro es que encuentre la sensación del vértigo y la incertidumbre”¹³⁰.

Pero este proceso no es pacífico. Quizás el problema de la internacionalización de los procesos comunicativos se ve reflejada en las cadenas de noticias internacionales. En primer lugar, se ha convertido esto en una corriente de sentido único dirigida desde los países desarrollados hacia los países en vías de desarrollo. Además, las empresas transnacionales se encuentran dominadas por un grupo reducido de personas, o mejor dicho, de intereses (concentración no sólo de informaciones sino de juicios).

the human right to freedom of expression on the Global Internet (1998). <http://www.gilc.org/speech/report/>; además, José María MOLINA MATEOS. Seguridad, información y poder. Op. cit. p. 20; Jodi BONET. El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. pp. 27, 115 (‘libre circulación de la información’); Frank PRIESS. La comunicación frente a la expansión de los mercados. Op. cit. pp. 23 y 24]. En la legislación, Constituciones de Etiopía, artículo 29.2, Chipre, artículo 19.2 y Dominica, artículo 10 (para expresión e información) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19.2.

¹³⁰ LEÓN, Osvaldo. Comunicación, Globalización y Nuevas Tecnologías. En: ALAI y ARPAS (org.). Foro Internacional Comunicación y Ciudadanía. <http://www.presidencia.gob.pa/dislibertad.html>.

Esto ha debido verse favorecido gracias a que las multinacionales han conseguido el dominio del mercado mundial, lo cual ha permitido que se produzca la homogeneización del contenido del flujo informativo circulante y, de esta manera, se ha de influenciar sobre los países menos desarrollados, como el Perú, atentándose quizás contra nuestra identidad cultural y nuestro modelo de sociedad autóctono.

Estas famosas cadenas de noticias (aparte de las presiones económicas a través de los fabulosos pagos de las deudas externas), se han convertido en un eficaz instrumento -y acorde con la llegada del nuevo milenio- de vasallaje hacia los países menos afortunados. Ya no se hacen colonias territoriales, sino mentales. Los países desarrollados nos venden 'su' idea de los hechos, pues comentan lo que para ellos resulte importante y beneficioso, y nosotros, sobre todo los latinos, creemos fielmente en los modelos que ellos nos intentan vender por los ojos. Por ello, este tema ha sido materia de preocupación por parte de la Unesco, cuando señala que se debe "garantizar una circulación libre de la información en los planos internacional y nacional, y su difusión más amplia y mejor equilibrada, sin ningún obstáculo a la libertad de expresión, y que se fortalezca la capacidad de comunicación de los países en desarrollo"¹³¹.

Estas dificultades las hemos podido ver claramente, por ejemplo, en el ataque de la OTAN, comandado (algo ya común) por Estados Unidos de Norteamérica. Entonces, uno recurría al cable para ver lo que sucedía y nos mostraban la idea de un Milosevic, abusivo e inflexible, y de un Clinton, mesiánico y tutor de los intereses mundiales. No sabemos cuál sea la verdad de los hechos, pero lo único que podemos aseverar es que tanto CNN o CBS no eran demasiado imparciales

¹³¹ Plan a Plazo Medio de la UNESCO 1990-1995, Programa La comunicación al servicio de la humanidad, cit. por Morten GIERSING. La Unesco y la libertad de expresión. En: El correo de la Unesco. París (mes de septiembre, 1990). p. 37; en la misma línea, Informe M^c Bride, cit. por Jordi BONET. El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. pp. 27 y 28. Sobre los problemas del libre flujo del discurso (o 'flujo transfronterizo de datos', según Jaime FERNÁNDEZ DE ZUBIRÍA. Derecho de privacidad, Derecho Internacional y Derechos Humanos. Tesis (grado). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1991. pp. 29 y ss.), también revisar, Mario VARGAS LLOSA. Dinosaurios en tiempos difíciles. En: ius et veritas. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año VII, n° 13 (1996). p. 233; Eduardo NOVOA MONREAL. El derecho a la vida privada y la libertad de información. Op. cit. pp. 168 y ss.; Juan MORALES GODÓ. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 77; José María MOLINA MATEOS. Seguridad, información y poder. Op. cit. p. 21.

que digamos¹³². ¿Alguna vez se escuchó la visión de los propios yugoslavos de lo sucedido?, ¿nos presentaron en alguna oportunidad el comportamiento real de los kosovares?¹³³ Lo peligroso de esto es que las personas que tienen acceso a estas noticias muchas veces no están lo suficientemente preparadas para descubrir el mensaje subliminal que nos presentan. El alto grado de incultura de los peruanos -lamentablemente esa es nuestra realidad-, permite avizorar consecuencias nada positivas. Así, avanza el 'colonialismo del nuevo milenio' que nos viene del norte del Continente.

En general, y ya dejando de lado el caso de la cadenas de noticias, podemos ver que los medios de comunicación social pueden asumir un 'control de la realidad'. Pueden inducir a ciertos pensamientos a las personas y, de una manera casi desapercibida, dominar sus vidas.

Esto lo pueden hacer a través de la selección del material que se va a presentar; la información sólo es, en apariencia, objetiva¹³⁴, básicamente es subjetiva. Esto lo vemos más claro que aprovechando "el poder sugestivo de los medios y sorprendiendo al hombre en sus limitaciones (disminución del sentido crítico, irreflexión, emotividad exagerada, etc.), la opinión pública, es con frecuencia instrumentalizada en orden a intereses ajenos"¹³⁵. Entonces, el panorama actual (con agencias noticiosas como la inglesa *Reuters*, las estadounidenses *United Press Internacional* -UPI- y *Associated*

¹³² Frente a situaciones como éstas, CARRILLO sostiene que "[s]e impone una gran prudencia y un alto sentido de la responsabilidad cuando se trata de informar sobre acontecimientos internacionales, tensiones o crisis que pueden surgir en tal o cual país" [Diálogo entre los pueblos. Nuevo Orden Internacional de la Información. Lima: Hozlo, 1990. 2ª ed. p. 82]. Más claro aún sobre la influencia de los extranjeros es CHAPUT, para quien, el imperio se ha logrado "a través de la exportación global de hábitos, símbolos, ideas y actitudes que derivan de su poder económico, que a su vez deriva del dominio estadounidense de la revolución informática que está barriendo el planeta" [Tontos con herramientas. En: <http://www.multimedios.org/bec/etexts/fools.htm>].

¹³³ Es importante señalar que, según el artículo III.1 de la Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación y tomando en cuenta el año en que se dio, "[l]os Estados Contratantes convienen en que, cuando un Estado Contratante alegue que determinado despacho informativo, capaz de perjudicar sus relaciones con otros Estados o su prestigio o dignidad nacionales, es falso o tergiversado y tal despacho informativo haya sido transmitido de un país a otro por corresponsales o agencias de información de un Estado contratante o no contratante, y publicado y difundido en el extranjero, aquel Estado podrá presentar su versión de los hechos (denominada en adelante 'comunicado') a los Estados Contratantes en cuyos territorios haya sido publicado o difundido. Al mismo tiempo, se enviará un ejemplar del comunicado al corresponsal o a la agencia de información interesados, a fin de que tal corresponsal o agencia de información pueda rectificar el despacho informativo de que se trate" [Abierta a la firma por la Asamblea General en su Resolución 630 (VII), de 16 de diciembre de 1952, y entrada en vigor, el 24 de agosto de 1962].

¹³⁴ ZANONNI, Eduardo A. Y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 22.

¹³⁵ CONFERENCIA DEL EPISCOPADO MEXICANO. Los medios de comunicación social ante la ética. <http://www.iglesia.mx/cem/comisiones/comunicacion/losmedios.htm>

Para ESPÁ GARCÉS-ALVEAR se debe buscar la 'democratización' de la información [La libertad de expresión en la Constitución de 1979 y en el 'Nuevo Orden Mundial de la Información y Comunicación'. Op. cit. t. I, pp. 123 y ss.]. Además, los, medios de comunicación social

Press -AP-, o la gala *Agence France Press -AFP-*), no hace sino crear desequilibrio informativo (va en una 'sola dirección'), dependencia y neocolonialismo (nos imponen valores y conductas) y una sistemática distorsión de la información¹³⁶.

Si bien manipulación de información no es lo mismo que manipulación de opinión pública la primera puede conducir a la segunda¹³⁷. A veces es peligroso la televisión pues hipnotiza a la población y piensa por los televidentes; participando de la imaginación de otros, en lugar de fomentar la suya, como sí lo pueden hacer los libros. Es una 'manipulación industrial de las conciencias'¹³⁸, no tan abierto como en el pensamiento marxista pero igual de efectivo.

2.1.1.1. El bien jurídico información

La información, en términos simples, permite que se pueda comunicar aspectos noticiables de la realidad. Aparece como un conjunto de conocimientos que pueden encontrarse en la vida cotidiana y sin las cuales no tendríamos oportunidad de conectarnos con ella.

Este bien jurídico se encontrará en el mundo externo, no es posible que se invente la información, es de naturaleza fáctica.

Se puede concebir, entonces, información como "todo tipo de datos, conocimientos e informes, preexistentes o elaborados a propósito del pedido, así como a documentos u otros soportes, que guarden relación directa, o hasta indirecta, con

¹³⁶ "por ser unidireccionales no permiten, por sí mismos, la respuesta del televidente [CONGREGACIÓN DE LOS SAGRADOS CORAZONES y otros. Luciano Metzinger: *Hombre libre por la fe. Semblanza y textos*. Lima: Espinal, 1995. pp. 79, 88].

¹³⁶ CARRILLO, Sonia Luz. *Diálogo entre los pueblos*. Op. cit. pp. 16 y ss.

Sin embargo, según la Resolución de la ONU, *Cuestiones relacionadas con la Información (1980)*, se deben usar las cadenas con un buen fin: promoción de los derechos humanos, descolonización, desarrollo, no apartheid, y desarme.

Para CHOMSKY y HERMAN, estas cuatro agencias noticiosas dan cuenta del 80% de la información que existe y se brinda diariamente en el mundo [Los guardianes de la libertad. Op. cit. p. 27].

¹³⁷ THOMPSON, al referirse al 'secuestro de la opinión pública' afirma que muchas veces no existe información, sino apariencia de debate: se induce la opinión de las personas [cit. por Javier DE LUCAS MARIN. *Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad*. En: *Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época*. Madrid, t. VII (1990), p. 143].

¹³⁸ Concepto acuñado por Hans Magnus ENZENSBERGER. Detalles, cit. por Modesto SAAVEDRA LÓPEZ. *La libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Op. cit. p. 37.

asuntos de interés público o colectivo, cuyo contenido o alcance resulten del interés de cualquier persona para su ilustración, conocimiento o desarrollo personal o colectivo, o tengan la aptitud de afectar o promover conductas que afecten a las colectividades o a las personas en el ámbito económico, político, social, cultural o ambiental”¹³⁹. Se protege este derecho puesto que “el hombre que comienza observando una realidad, una situación o un ambiente que lo rodea, que lo compromete, siente la imperiosa necesidad de comunicarlo a otros hombres que pueden ser de la misma región o de otra comunidad”¹⁴⁰.

Cualquier hecho que encontramos interesante en la realidad se comunica través de la información. Es un bien tangible, como lo puede ser el descubrimiento del tráfico de armas a la guerrilla colombiana, los encuentros de la selección peruana de fútbol o el hallazgo del Señor de Sipán. Sin embargo, a veces los sucesos extraordinarios pueden constituir “noticias que alguien en algún lugar preferiría que no se divulgaran por un sinfín de razones que pueden ir desde problemas políticos o comerciales hasta consideraciones de dolor y aflicción personales”¹⁴¹.

La información, en la actualidad, ha adquirido una importancia inusitada. El ser humano mientras más cultura tenga, es más competitivo en un mundo como el actual. Pero, tal vez, el término que mejor reconozca esta nueva capacidad comunicativa es el de ‘conocimiento’.

Tanto así es la magnitud de este componente del derecho, que cada vez es más imprescindible en las empresas e instituciones tener una buena biblioteca y manejo de datos puesto que el género humano muchas veces depende de ellos: quien los tiene, triunfa¹⁴².

¹³⁹ FERRANDO GAMARRA, Ernesto. El derecho a la información. Op. cit. p. 84.

Para la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, también este bien jurídico se relaciona con lo fáctico: ‘informar’ es “enterar, dar noticia de una cosa” [Diccionario de la Lengua Española].

¹⁴⁰ BASTIDAS ROMERO, Óscar. Legislación penal del Estatuto de Libertad de Prensa. Op. cit. p. 01.

¹⁴¹ FENBY, Jonhatan. En las fronteras de la vida privada. En: El correo de la Unesco. París, mes de septiembre (1990). p. 20.

¹⁴² Justamente, por eso, para la Constitución de Liberia, el derecho a la información incluye el derecho de las bibliotecas de tener conocimientos (artículo 15.b) y TORRES Y TORRES LARA señalaba, dentro del debate constituyente, que la información “se ha transformado en la principal arma; antes Mao Tse Tung decía ‘el poder nace del fusil’; hoy se dice ‘el poder nace de la información’” [Quinta Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Lima, 25 de enero de 1993. www.congreso.gob.pe].

En el mundo de hoy, es tan importante la información que hasta la Iglesia Católica se ha preocupado por ello: cuenta con el Pontificio Consejo para las Comunicaciones, nombre dado en 1988 por Juan Pablo II, el cual se encuentra dedicado a “la preparación y la publicación de Documentos relativos a las propias competencias; la difusión de los mismos a través de varios canales de información; el examen y el estudio de comunicaciones acerca de problemas actuales de la prensa, del cine y de la radio y televisión; la asistencia a las proyecciones

Pero lo substancial, no es, en estricto, una ‘información’ sino el ‘conocimiento’, razón por la cual para Molina Mateos, la información solamente incluye “hechos aislados e inconexos”, y recién adquiere importancia “cuando la memoria humana procesa tales hechos con alguna estructura de [discernimiento] preexistente” llegando a formar parte de lo que se denomina ‘conocimiento’¹⁴³.

2.1.1.2. El bien jurídico opinión

El derecho a la expresión tiene como bien jurídico tutelado a la opinión, aunque se requiere que ésta, como ya lo adelantáramos, sea puesta de manifiesto públicamente, que traspase la mente del sujeto.

Opinión, por lo tanto, significa que toda persona pueda formarse conjeturas, ideas, pensamientos sobre algún tema determinado. Este derecho permite que la persona pueda emitir juicios de valor, los cuales pueden versar sobre los temas informados, para así permitir que los otros puedan también formarse un concepto más o menos claro del tema.

Lo que observamos en este caso es el desarrollo de la mente humana, que utiliza procesos decodificadores y emite pronunciamientos sobre los temas que le interesen, de acuerdo a una serie de vivencias y sentimientos¹⁴⁴. Cuando decimos que una escultura es antiestética es porque así nos parece, no es que estemos con la verdad o no, lo único es que eso es lo que pensamos, y por ende, nuestra opinión debe ser respetada. Porque opinión “es un atributo esencial de la persona:

audiovisivas realizadas en el territorio vaticano o con ocasión de acontecimientos en presencia del Papa” [Página web del Pontificio Consejo para las Comunicaciones. <http://comunicacion.teleline.es/comunicacion/pccomsoc.htm>].

¹⁴³ Seguridad, información y poder. Op. cit. p. 17.

Y es que “[b]y providing access to knowledge in all its various forms, be they great works of art or public archives or a new scientific discovery, the new information and communications technologies give fresh substance to the cliché ‘knowledge is power’” [EUROPEAN COMMUNITIES. Forum Information Society. Bruselas, junio de 1996. <http://www.ispo.cec.be/infoforum/pub/inrep1.html>].

¹⁴⁴ Para la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, la opinión es el “dictamen, juicio o parecer que se forma de una cosa cuestionable” [Diccionario de la Lengua Española].

mediante ella exterioriza su racionalidad y afirma su individualidad dentro del conjunto social”¹⁴⁵.

Una cosa más. La propia Constitución, aunque quizás equivocándose en su ubicación (está en el 2.3 y no en el artículo 2.4), señala claramente que no existe delito de opinión. Y para continuar con este error la explicación de los constituyentes sobre el tema nos deja más que preocupados: “para sustentar la pertinencia de que no hay delito de opinión, se encuentra en el inciso 3 y no así en el 4, [encontramos] dos razones. La primera, que ya había señalado el señor Chirinos Soto, en el sentido se determinó dejar intocado el inciso 4, conforme había venido de la Constitución del año 79. Pero además, es perfecta la pertinencia en la medida en que está incorporada en un inciso que se refiere a la expresión de las ideas o creencias; en cambio el inciso 4 se refiere a la expresión de esas ideas a través de los medios de comunicación social [...]. Por lo tanto, es pertinente que la precisión no hay delito de opinión esté incorporada en el inciso 3 que se refiere a la libertad de conciencia, de religión y a la no persecución por razón de las ideas o creencias y no así es oportuno ponerlo en el inciso 4, que se refiere a la expresión de la opinión, pero por intermedio de los medios de comunicación”¹⁴⁶. Aparte de encontrar el cimiento de la ubicación del delito de opinión en un artículo contrario al que debería estar, presenta una intención legislativa de dotar titularidad de la expresión -y de paso de la información- sólo a quienes tienen acceso a los medios de comunicación social, solución que dista mucho de la universalidad en el ejercicio de estos derechos, que propondremos más adelante.

2.1.2. Supuestos de hecho

Tanto la expresión como la información poseen dos supuestos de hechos: el acceso y la transmisión -o envío- del discurso. En cada caso, dichos supuestos tendrán un contenido distinto, según las características propias de cada derecho.

¹⁴⁵ HUACCHA CARHUAJULCA, José Carlos. Las Libertades de Información, Expresión y Opinión en la Nueva Constitución y su Responsabilidad Jurídica. Op. cit. p. 15

¹⁴⁶ Exposición de la siempre polémica constituyente Martha CHÁVEZ COSSÍO. Diario de Debates del Pleno del Congreso Constituyente. Debate del Primer Capítulo. Décima (A) Sesión. Lima, 19 de febrero de 1993. www.congreso.gob.pe.

Si bien nuestra Norma Fundamental no menciona expresamente estos dos supuestos de hecho, este planteo puede ser aplicable a nuestro país gracias a los instrumentos internacionales, los cuales sí los recogen.

Ante esta dualidad de supuestos¹⁴⁷, de un lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos, expresa que la comunicación del discurso “incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y de difundirlas” (artículo 19). De otro, y clarificando aún más la cuestión, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que ésta “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole” (artículo 19.2).

2.1.2.1. Acceso al discurso

El tratamiento actual de este supuesto es una innovación de las teorías institucional y social. Supone la posibilidad de procurarse informaciones e ideas, aunque no garantiza a la persona la obtención de un bien jurídico determinado, sino se le permite acceder a ese bien dentro de sus posibilidades.

No es una actitud tersamente negativa, sino que incluye una capacidad de búsqueda que va más allá del mero acto receptivo. Entonces para obtener dicho resultado no es preciso esperar tan solo a que nos llegue el discurso -postura

¹⁴⁷ También analizados por Eduardo NOVOA MONREAL. El derecho a la vida privada y la libertad de información. Op. cit. pp. 138 y ss.; Porfirio BARROSO ASENJO. Límites Constitucionales al Derecho a la Información. Op. cit. p. 29; Juan MORALES GODÓ. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. pp. 66, 68 y ss.; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 95; Víctorhugo MONTOYA CHÁVEZ y Alejandro NEYRA SÁNCHEZ. Con miedo al medio. Reflexiones sobre la reciente Ley de Rectificación. En: *ius et veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año VIII, nº 15 (1998). pp. 135 y ss.; Francisco EGUIGUREN PRAELI. La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. p. 52; Jaime ORDOÑEZ. Introducción – Periodismo, derechos humanos y control del poder político. Op. cit. p. 21; Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. pp. 73 y ss.; Juan José SOZOLABAL ECHAVARRÍA. La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 81; Eduardo ULIBARRI. La información como derecho individual y colectivo. Op. cit. p. 51. Además, cuando se define “información” se habla de la “comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que poseen sobre una materia determinada” [Diccionario de la Lengua Española].

propia de las libertades de información y de expresión-, sino que además incluye la indagación para llegar al discurso que nos interesa.

Entonces como podemos ver, el acceso se desdobra en: búsqueda y recepción del discurso.

(a) Búsqueda

No es propia de los periodistas, sino que permite a todo ciudadano investigar sobre lo que necesitamos o quisiésemos saber. Una buena representación de ésto nos lo puede dar cuando ingresamos a internet y empezamos a navegar buscando el tema de nuestra elección. Ésta la principal actividad del ciudadano: es una positiva, según la cual se permite que él “busque, discrimine y escoja los datos, las noticias y los distintos contenidos de la información”¹⁴⁸.

(b) Recepción

Está especialmente referida a la capacidad de que siempre tengamos la posibilidad de escuchar, leer o ver a otro presentando un discurso. Un caso específico de este supuesto es cuando podemos elegir en nuestro televisor el canal de nuestra preferencia.

Como podemos percatarnos, el derecho a la información y a la expresión, aparte de quien emite el discurso, existe un público indeterminado que lo recibe o lo busca. En este extremo, se ha llegado a proponer que los derechos de comunicación del discurso son dos derechos individuales pero también lo son de interés difuso, lo que implica que ‘todos’ conjuntamente podamos recibir cualquier información y conocer la expresión del pensamiento ajeno. A este tema regresaremos más adelante.

¹⁴⁸ ORDOÑEZ, Jaime. Periodismo, derechos humanos y control del poder político. Op. cit. p. 26.

a. Acceso a la información

Con respecto a la información, debemos decir que los progresos en materia comunicativa en el mundo de hoy permiten que la información sea más accesible, con una circulación vertiginosa. Se puede, por ello, afirmar que la función social de este derecho es sobresaliente, tal como ya lo hemos explicado.

El acceso a la información, por ende, se ha convertido en una ‘necesidad social’¹⁴⁹, lo que ha hecho que se pronuncie la Unesco expresando, aunque refiriéndose exclusivamente a los profesionales de la comunicación, que se les debe garantizar “la diversidad de las fuentes y de los medios de información de que disponga, permitiendo así a cada persona verificar la exactitud de los hechos y fundar objetivamente su opinión sobre los acontecimientos”¹⁵⁰.

Frente a este derecho, se señala que las autoridades públicas asumen un deber de información para que de esta forma se facilite el trabajo de los *mass media* y mantener informado de su actividad a la población¹⁵¹. Pero, además debemos reconocer que esta posibilidad de acceso “sólo es oponible a quien está obligado a informar, pero no al que tiene la libertad de hacerlo, habida cuenta que en ese caso, también es su privilegio no hacerlo”¹⁵².

La principal contribución a la universalidad -no es sólo para periodistas- del acceso a la información, es su posibilidad de fortificar los derechos a saber¹⁵³ y a

¹⁴⁹ Tanto así que su reconocimiento constitucional ha sido eminente: casos de Congo, artículo 27.4 (a fuentes de información), Croacia, artículo 38.3 (para periodistas), Mongolia, artículo 16.17 (sólo búsqueda), Alemania, artículo 5.1 (a fuentes de acceso general), Brasil, artículo 5.XIV, Guatemala, artículo 35, Hungría, artículo 61.1 (informaciones de interés público), Chipre, artículo 19.2 (recepción), República Dominicana, artículo 8.10 (para los medios de comunicación social), Lituania, artículo 25.2, Rusia, artículo 29 (sólo búsqueda), Kazakstán, artículo 18.3 (del público respecto a cuerpos estatales, asociaciones públicas, oficiales y medios de comunicación social), Paraguay, artículo 28, Eritrea, artículo 19.3, República Dominicana, artículo 8.10 (para los medios de información, acceso a fuentes noticiosas), Estonia, artículo 44.1 y Etiopía, artículo 29.3 (el público respecto a los medios de comunicación social).

¹⁵⁰ Artículo 2.2 de la Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el *apartheid* y la incitación a la guerra, proclamada en la 20ª Conferencia General de la Unesco, celebrada en París el 22 de noviembre de 1978.

¹⁵¹ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 107; asimismo, ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR Y J. R. PARADA. Artículo 20. Op. cit. pp. 508 y 509 (como parte de la ‘libertad de investigación’).

¹⁵² FERRANDO GAMARRA, Ernesto. El derecho a informar. Op. cit. p. 86.

¹⁵³ Al respecto ROSS, en lo relativo a los asuntos públicos, señala que “la gente tiene derecho a saber” sobre las actividades de sus autoridades [cit. por David M. O'BRIEN. *The public's right to know. The Supreme Court and the First Amendment* (versión en castellano, El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E.U.A. y la Primera Enmienda Constitucional). México: Publigráficos, 1983. p. 11;

la verdad¹⁵⁴. También se contribuye a la participación de la persona en la vida social de su país y a la formación de la opinión de los integrantes de la comunidad, promoviéndose su educación: mientras mayor cantidad y calidad de información una persona reciba, sus juicios serán más apropiados.

Para Eguiguren Praeli, en la Constitución actual no se expresa una idea completa acerca del derecho a la información “porque le faltaría la contraparte del derecho ciudadano a poder tener también libre acceso a los medios de comunicación y a la información que éstos generan, ni tampoco, en detalle, a este derecho de investigar y generar información”, aunque termina aceptando que la generalidad de la norma del 2.4 es lo suficientemente amplia para acoger este supuesto¹⁵⁵.

Un tema especialmente relevante es cómo ha de realizarse el acceso a las fuentes de información. La inferioridad en la ubicación para llegar a estas fuentes que tienen los particulares respecto a los periodistas, no impide que este supuesto de hecho sea ejercido por cualquiera.

Según la doctrina contemporánea, toda persona tiene derecho no solamente a esperar que alguien le brinde informaciones -como puede ser cuando uno compra un periódico-, sino que puede acceder a ellas, principalmente en el caso de los

también revisar, Jean-Paul MARTHOZ. El derecho a saber. En: FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE PERIODISTAS. El periodismo tiene mucho que decir. Op. cit. pp. 51 y ss.; Informe M^c Bride, cit. por Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 68; Jordi BONET. El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 22].

Sobre este derecho se manifiestan las Constituciones de Liberia, artículos 15.b (derecho al conocimiento, no sólo a la información) y 15.c (saber, o ser informados, sobre el gobierno y sus funcionarios) y Kazakshán, artículo 18.3 (los cuerpos estatales, asociaciones públicas, oficiales, y los medios de comunicación de masa deben proporcionarle la posibilidad de obtener a cada ciudadano los documentos, decisiones y otras fuentes de información que involucra sus derechos e intereses). Asimismo ciertas Constituciones han localizado temas de interés para ser conocidos por la población: Bielorrusia, artículo 34.1 (sobre cuerpos estatales y asociaciones públicas, en la vida política, económica, e internacional, e intereses legítimos) y Liberia, artículo 15.c (no habrá limitación en el derecho público para ser informado sobre el gobierno y sus funcionarios).

¹⁵⁴ El derecho a la información debe ser percibido conjuntamente con un derecho a la ‘verdad’, entendida como la necesidad de conocer la realidad para poder enjuiciarla [BONET, Jordi. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 57]. Sobre esta base, se señala que los “[c]iudadanos organizados para esclarecer [...] masacres de campesinos en Perú [...] procuraron (y procuran) saber y desenterrar la verdad” [WAISBORD, Silvia. ¿Nada más que la verdad? Periodismo fiscalizador, investigación y modernidad. En: Diálogos de la comunicación. Revista teórica de la Federación Latinoamericana de las Facultades de Comunicación Social. Lima, n° 57 (may. 1998). p. 48]. En esta línea, CARBONELL MATEU, apunta que con estos derechos se debe buscar “lo que podríamos denominar verdad política o, si se prefiere, la formación de la verdad democrática” [Libertad de expresión y derecho al honor. Op. cit. p. 48].

¹⁵⁵ Panel El Panorama Constitucional sobre la libertad de expresión y el Derecho de Prensa, cit. por Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 50.

datos que la entidad pública está obligada a darnos. Esto es conocido como ‘información administrativa’.

Existe una norma expresa en nuestro Ordenamiento que se dedica a este tema, como lo es el artículo 2.5 de la Constitución. Según éste, “toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido [...]”¹⁵⁶. Así se configura un verdadero derecho *to be informed* y no sólo un *right to receive information*, clásico liberal¹⁵⁷.

El acceso directo de los particulares a las fuentes informativas tiene una doble finalidad: mejorar el nivel de conocimiento del individuo sobre cualquier tipo de cuestiones de actualidad y propiciar su participación en los asuntos públicos. En esencia, lo que busca la información administrativa es la transparencia informativa de los poderes públicos.

Una forma en que la persona también puede tener acceso a la información es a través de la rectificación, derecho constitucionalizado en el artículo 2.7. Por ella, uno podrá recibir no sólo informaciones erradas, como a veces puede presentarse, sino -y esto es importante- a noticias reales y verdaderas; estamos ante un auténtico debate público.

Para finalizar remarcaremos que el acceso a las informaciones incluye no sólo la búsqueda de éstas, sino habremos de convenir en que uno tiene derecho a recibir las informaciones del resto, aunque este ámbito no se encuentre constitucionalmente recogido. Para llegar a esta conclusión, hubimos utilizado el apotegma *ab maioris ad minus*. En caso se argumente la naturaleza distinta de

¹⁵⁶ En un sentido similar, Constituciones de Bulgaria, artículo 41.2 (sólo cuando medie interés legítimo), Colombia, artículo 74.b (documentos públicos), Filipinas, sección 7 (documentos oficiales o de actos oficiales), Lituania, artículo 25.5, Finlandia, sección 10.2 y Estonia, artículo 44.2.

estos ámbitos, lo cual creemos incorrecto, puesto que el espacio positivo -uno consiga las informaciones- del mismo es un agregado al negativo -dejar que a uno le lleguen informaciones-, como ya dijimos, acudiremos a lo que las declaraciones y pactos internacionales nos señalan.

b. Acceso a la expresión

Aunque existe cierta discusión dogmática, parece que el camino actual es hacia la aceptación de que dentro del derecho a la expresión debe incluirse el acceso a las opiniones de los demás.

Así como debe recibirse noticias para informarnos y de esta manera tener un parecer sobre dichos temas, es igualmente importante la interpretación de personas cualificadas en determinados materias, ya que ello puede coadyuvar nuestro pensamiento.

El acceso a la expresión¹⁵⁸ está tan protegido como a la información. Lógicamente el comentario de uno que sabe de la materia, será más importante que de los que no lo saben (así nos parece conveniente saber qué opina sobre nuestro fútbol tal o cual comentarista deportivo; es más los fanáticos del fútbol podemos esperar a los domingos a las diez de la noche para escucharlos).

Pero creemos que todos los conceptos personales son importantes porque la suma de éstos dará lugar a la opinión pública. A ello se dirigen las encuestas, por ejemplo.

2.1.2.2. Difusión del discurso

¹⁵⁷ HONDIUS. *Freedom of expression and Information in European Law*, cit. por Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p 127.

¹⁵⁸ Es contemplado en las Constituciones de Lituania, artículo 25.2 (búsqueda) y Chipre, artículo 19.2 (recepción).

Es la contrapartida del anterior supuesto de hecho. Si por un lado podemos llegar al discurso, también podemos difundir el nuestro. Este supuesto de los derechos es más individualista que el anterior y siempre ha sido considerado como el principal sustento de la comunicación del discurso.

Se suele incluir también el derecho de no difundir¹⁵⁹ un discurso, si es que a uno le parece adecuado. Pero una afirmación de este tipo no es tan exacta. En otra oportunidad señalábamos que esta premisa tiene requisitos: “si bien el derecho permite divulgar un mensaje noticioso, también importa la opción de no-informar, siempre y cuando esta actitud no perjudique el derecho de los demás o no infrinja una obligación para con el titular”¹⁶⁰.

Un tema muy importante es cómo lograr la difusión de nuestro discurso. Si bien no hay dificultad para hacer esto en un auditorio reducido, un caso distinto ocurre con un auditorio amplio, como el que se consigue por ejemplo con los medios de comunicación social. Ahora que éste nos preste atención es algo bastante complicado.

A raíz de ello aparece la propuesta del ‘foro público’. Este foro debe ser proporcionado y establecido por parte del Estado y ser accesible a todos por igual. Sin embargo esta doctrina debe ser observada con reservas, porque si bien el derecho es para todos, existe una imposibilidad material y lógica para llegar a él.

Para Faúndez Ledesma, en la eventualidad de realizarse un discurso en una zona pública, no se puede asegurar el acceso de todas las personas a todo lugar, pero sí

¹⁵⁹ Por ello debe respetarse la decisión de algunos personajes públicos cuando optan por no declarar a los medios de comunicación social. Sobre el derecho de no informar, la Constitución de Liberia, artículo 15.b.

¹⁶⁰ Perú, televisión con futuro. Análisis de la insuficiencia de información en las últimas elecciones desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. En: *ius et veritas*. Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año X, n° 20. p. 26.

es posible que el Estado procure un ingreso mínimo e igualitario a algunas de estas zonas, ya sea estableciéndose licencias o permisos para ello¹⁶¹.

Asimismo, es casi imposible permitir a todo ciudadano la entrada a cualquier medio de comunicación social para la utilización de sus derechos; y mucho más difícil que el Estado tenga una injerencia en este tema. Contamos con un canal estatal como Televisión Nacional, Canal 7, pero si bien éste está al servicio de la comunidad, sería absurdo y utópico pensar en que todos podríamos acceder a dicha teledifusora para manifestar nuestro discurso.

Sin embargo, en la actualidad, cada vez más existen medios para que las personas puedan expandir su mensaje. Entre ellos podemos encontrar la creación gratuita de páginas web, en las que uno puede mostrar sus posiciones personales sobre los más distintos temas, el envío de cartas a los distintos medios de comunicación social (sobre todo a periódicos y revistas), las llamadas telefónicas realizadas a la radio y la televisión y el envío de e-mails a todo medio. Otra forma de extender nuestra comunicación es a través de la publicación de la carta rectificatoria, dentro de lo dispuesto por el artículo 2.7.

Dos precisiones finales. Debemos tener en cuenta que las personas con relevancia pública, tienen una mayor contingencia de expresar su discurso, basado en el mayor interés de los medios de comunicación social en saber de ellos. Además la posibilidad de que alguien difunda su mensaje, no incluye la protección constitucional de que exista un auditorio concreto que le preste atención.

a. Difusión de la información

¹⁶¹ La libertad de expresión. Op. cit. pp. 260 y ss.

La difusión de noticias es un acto muy importante pues a través de ella se transmiten conocimientos a la población. Sin embargo, este ejercicio no es algo simple sino uno harto trabajoso.

Este supuesto de hecho tiene por objeto proteger la “difusión de información sobre hechos, o más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables”¹⁶². Pero para lograr ello se deben pasar por varias etapas, todas las cuales se encuentran salvaguardadas: preparación, elaboración, selección y difusión de la información¹⁶³.

Este derecho tiene a la vez un deber como correlato: el deber de informar adecuadamente. Ello implica el reforzamiento de la responsabilidad social de los medios de comunicación social y la veracidad de la información.

b. Difusión de la expresión

A diferencia de lo que ocurre en la difusión de la información, en este derecho sólo se protege una sola operación: la divulgación de la opinión. Para procesar una idea es necesario una rápida -o meditada- actividad mental, y sólo eso.

Justamente en este punto debemos recordar el planteamiento de Morales Godo, utilizando el texto constitucional y la ubicación de los derechos enumerados en él, y las fases en el desarrollo de un proceso comunicativo: primero recibimos la información, luego intelectualmente creamos nuestra opinión, para luego expresarla¹⁶⁴.

2.2. Componentes subjetivos

¹⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional español 4/1996, de 16 de enero de 1996.

¹⁶³ Ésta es la idea que mantiene SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA tanto en Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y derecho a la información. Op. cit. p. 143 como en La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 107.

En general, para la Constitución de Paraguay, se señala como forma de transmisión de la información, la generación, proceso y difusión de ésta, basándose en la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines (artículo 26).

¹⁶⁴ El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. pp. 66 y 67.

Habiendo delimitado los elementos objetivos es ahora conveniente revisar los dos subjetivos. Tomando en consideración el artículo 2.4, nuestra Constitución consagra la plena vigencia de los derechos de comunicación del discurso, tema que también ha sido desarrollado por la Ley 26937, que en su artículo 1 contempla la libre actividad periodística.

Lo más importante en este tema debe ser reconocer las relaciones existentes dentro de estos derechos respecto a los titulares–destinatarios. Tres como muestra: todas las personas -en especial, los periodistas y los propietarios de las empresas periodísticas- encuentran como destinatario al Estado, sobre todo en su posibilidad de difusión del discurso; los periodistas en su cláusula de conciencia, y de cierto modo en el secreto profesional, tienen como destinatarios a los propietarios de los medios; y, el público en general encuentra a los periodistas y a los propietarios como destinatarios en el supuesto de recepción del discurso.

2.2.1. Los titulares

Una cuestión razonablemente importante respecto a estos derechos es la determinación de los verdaderos titulares de ellos: ¿es el medio de comunicación social?, ¿o sólo el periodista? Justamente este tema será materia de análisis de este punto.

La respuesta es tajante: la titularidad es universal, pertenece sin exclusión a todas las personas, tanto a la natural como a la jurídica, no es privativa de los profesionales de la comunicación.

En el Perú de hoy se puede sustentar esta amplitud de titulares¹⁶⁵, aún cuando el artículo 2.4 de la Constitución puede llevarnos a la confusión de que sólo sean considerados como tales los que tengan llegada a los medios de comunicación social.

Además, el artículo 2 de la Ley 26937 -referida al ejercicio de los derechos de comunicación del discurso- nos expresa que “[e]l derecho reconocido según la Constitución, en el artículo precedente, puede ser ejercido libremente por toda persona”. Esto puede verse confirmado por la manera como se presenta el artículo 2 de la Constitución, dentro del cual están los derechos a la expresión y a la información: “Toda persona tiene derecho a”. Entonces, titular será todo aquel que, independientemente de ser persona natural o jurídica, ostente la calidad de autor, promotor o propietario intelectual del discurso¹⁶⁶.

2.2.1.1. Personas naturales

Si bien la titularidad es universal, es decir que atañe a toda persona, la realidad nos convence que la natural es quien tiene la mayor importancia.

Si bien desde una perspectiva liberal, ésta sólo podrá ser atribuida a los periodistas y no a todas las personas, esta solución vulneraría el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 2.2 de la Constitución.

¹⁶⁵ En la doctrina, Rafael REBOLLO VARGAS. Aproximación a la jurisprudencia constitucional: Libertad de expresión e información y sus límites penales. Barcelona: PPU, 1992. p. 31; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO. Libertad de expresión y derecho al honor: Criterios jurisprudenciales para la resolución del conflicto. En: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a Eduardo García de Enterría. Madrid: Civitas, 1991. pp. 896 y 897; Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 59 (sin embargo para la información parece estar más restringida: “toda persona que se encuentre en disposición de acceder, a través de cualquier medio de expresión, a la posibilidad de transmitir informaciones” [Ibid. p. 108]); José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ. Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O 1/1982. Barcelona: Bosch, 1996. p. 190) y en el Ordenamiento Comparado, Constitución de Bangladesh, 39.2.a (estos derechos son ejercidos por todos los ciudadanos).

¹⁶⁶ Caso Geillustreerde Pers NV c/ Pays-Bas, Comisión Europea (1976), rec. por Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 350.

A continuación estudiaremos detenidamente ciertos casos sobre cómo llega a ser la titularidad de las personas naturales.

A. En los medios de comunicación social periodísticos

Comúnmente cuando se refiere a los medios de comunicación social como titulares de los derechos a la expresión y a la información hacemos referencia a los dos actores de estos derechos: el periodista y el propietario.

a. El periodista

Sin duda, el titular más notorio de los derechos fundamentales a la expresión y a la información es el periodista. A diferencia de cualquiera de nosotros que ejerce de manera discontinua estos derechos, éste vive para y por la noticia y su comentario.

Si bien todos somos titulares de los derechos, reiteramos que los periodistas tienen un tratamiento diferenciado: no mayor protección sino distinta, todo esto según las características de su trabajo. Con esta protección particular del periodista no se busca reforzar la posición jurídica de quienes ejercen de forma responsable estos derechos, sino de primar la adecuación del contenido de ellos a las ideas sociales; se trata de darle o imponerle mayor responsabilidad y a la vez algún tipo de protección peculiar.

Sin embargo, ha existido mucha dificultad doctrinal en definir el sentido del término 'periodista'. Aún cuando en un sentido lato, este vocablo nos remite a la actividad en la prensa, utilizaremos el término como 'comunicador social', es

decir, como persona natural que trabaja para cualquier medio, ya sea escrito, radial o televisivo.

La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana OC-5/85 ha señalado que "el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado"¹⁶⁷. El carácter de profesional del periodista viene dado por una triple condición (no se incluye que tenga carrera universitaria)¹⁶⁸: reconocimiento público sobre su capacidad para el ejercicio de su profesión, que la haya asumido de manera voluntaria y continua, y que el profesional dé pruebas manifiestas - idoneidad y destreza- de un conocimiento cabal de los temas.

Y es que si el periodista, como señaláramos, es un titular más de los derechos de comunicación del discurso, también debe recordarse la marcada diferencia que existe con la actividad de cualquier particular. Éste realiza la labor de manera espontánea y casual, mas aquél de forma constante y remunerada. Sin embargo, ambos utilizan un mismo dispositivo constitucional para el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Como consecuencia lógica el planteamiento constitucional, es innecesario para el ejercicio del periodismo una colegiación, puesto que como hemos dicho, la base para la práctica de los derechos a la información y a la expresión se sustenta en el artículo 2.4, no en una norma propia de esta profesión.

Si bien la colegiación a veces puede tener un motivo fundado, esto no nos puede llevar a la conclusión de que ésta debe ser obligatoria puesto que esto contravendría lo que nuestro Ordenamiento dispone. Esta obligatoriedad ataría de

¹⁶⁷ Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 74; además se refieren a este tema, Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 352; Leopoldo MEJÍA CAICEDO. ¿Libertad de prensa o miedo a la libertad? Tesis (grado). Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Derecho, 1992. p. 15]; José Eduardo ABUSÁBAL VELARDE. El derecho a la información y el derecho a la intimidad personal. Tesis (Bachillerato). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 1985. Op. cit. p. 34.

No puede exigirsele que sus pensamientos "sean manifestaciones multitudinarias de todas las masas organizadas del país que vienen a dar su punto de vista, entre otras cosas porque tampoco existen opiniones sectoriales" [D'ORNELLAS, Manuel. Libertad de prensa y democracia. En: D'ORNELLAS, Manuel y otros. Libertad de prensa y democracia. Lima: Universidad del Pacífico, 1985. p. 14].

manos a los periodistas que no han estudiado determinadas carreras -en especial, las que sean distintas a Ciencias de la Comunicación- y que buscan un espacio dentro de los medios de comunicación social. A raíz de ello, su falta de exigencia ha sido reconocida por la Ley 26937, que proclama en su artículo 3 que “[l]a colegiación para el ejercicio de la profesión no es obligatoria”.

Haciendo un poco de memoria política, diremos que una ley como la 23221¹⁶⁹, que proclamaba confusamente la obligatoriedad de la colegiación, fue usada para que en 1997 se condene a un periodista de la Selva peruana por el delito de ejercicio ilegal de la profesión¹⁷⁰. En estos momentos fue cuando comenzó la preocupación de innumerables instituciones como la Asociación Nacional de Periodistas del Perú y el Consejo de Prensa Peruana, además de la intervención de la Defensoría del Pueblo dictando la famosa Resolución Defensorial 09-98/DP, de febrero de 1998, la cual luego de investigar concienzudamente el inconveniente suscitado, recomendó al Congreso de la República la modificación de la Ley n° 23221, “precisando que para el ejercicio del periodismo no se requiere la colegiación obligatoria, pues dicho requisito afecta la libertad de expresión reconocida por el artículo 2 inciso 4 de la Constitución”¹⁷¹, sugerencia que fue asumida por el Poder Legislativo, proclamándose la actual norma. Además, debemos tomar en cuenta que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos se había pronunciado sobre el tema: “las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados” el ejercicio de estos derechos¹⁷².

Pese a que el tema se encuentra totalmente aclarado, encontramos aún juzgadores nacionales que exigen el requisito de la colegiación para el ejercicio de la

¹⁶⁸ OSORIO MELÉNDEZ, Hugo. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 124.

¹⁶⁹ En 1980, durante la vigencia de la Constitución de 1979, se dictó esta ley, la misma que creaba el Colegio de Periodistas del Perú, como entidad representativa de la función informativa en el país. El artículo 2 de la referida ley dispuso la colegiación como requisito indispensable para el ejercicio de la actividad periodística de conformidad con el artículo 33 de la dicha Constitución (similar al artículo 20 de la actual). No obstante ello, el artículo 3 de su Reglamento (Decreto Supremo N° 003-81-COMS) prescribió que la colegiación será ‘facultativa’ para quienes ejerzan el periodismo según el artículo pertinente de la Constitución de 1979 que disponía los derechos a la expresión y a la información.

¹⁷⁰ Famoso caso de Rubén Zurita Vilela, periodista de Puerto Maldonado condenado judicialmente.

¹⁷¹ Un mayor análisis puede encontrarse en el Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1996-1998. Op. cit. pp. 136 y ss.

En el mismo sentido, Alfonso Carlos ESPÁ GARCÉS-ALVEAR. La libertad de expresión en la Constitución de 1979 y en el ‘Nuevo Orden Mundial de la Información y Comunicación’. Op. cit. t. I, p. 70.

¹⁷² Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). párr. 76.

comunicación social. Es increíble que en 1999, cuando ya regía la ley 26937, se haya señalado que si bien el periodista alega estudios, “no ha exhibido título alguno, manifestando que la colegiación es voluntaria, lo que no es cierto, pues la ley 23221, en su artículo 2 señala que la colegiación es requisito indispensable para el ejercicio de la profesión de periodista”¹⁷³.

Ya asumida la libertad de la profesión periodística, debemos concentrarnos ahora en examinar las garantías que debe existir para la vigencia real de los derechos.

Este tema nos lleva inexcusablemente a dos aspectos que merecen la debida atención puesto que su importancia no ha sido lo suficientemente trabajada en el Perú, máxime en el campo legislativo. Nos referimos a la cláusula de conciencia y al secreto profesional. Ambos deben ser consideradas como garantías para el efectivo ejercicio de los derechos de comunicación del discurso por parte de los comunicadores sociales.

Expliquemos cada uno de ellos de estas consideradas garantías del ejercicio periodístico¹⁷⁴:

(a) Cláusula de conciencia

Según ella, el periodista tiene la facultad de resolver el contrato de trabajo y recibir una indemnización como si fuera un despido improcedente, siempre y cuando la empresa diese un giro ideológico¹⁷⁵. Este tema no ha sido desarrollado por norma alguna en el país¹⁷⁶.

¹⁷³ Caso Alejandro Romero Tovar c/ Ricardo Bullón Matos, Sentencia del Primer Juzgado Penal de Huancayo, del 12 de agosto de 1999, Querrela por injuria y difamación, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 98 y ss.

¹⁷⁴ Aparte de las dos formas que presentamos a continuamos, se han propuesto otras como los seguros de vida, recogida por la Constitución de Guatemala, artículo 35 (los propietarios de los medios de comunicación social, deberán proporcionar cobertura socioeconómica a sus reporteros, a través de la contratación de seguros de vida).

¹⁷⁵ Así lo sostienen, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 98; Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. pp. 143 y ss.; Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR y J. R. PARADA. Artículo 20. Op. cit. p. 541.

¹⁷⁶ Sobre la cláusula de conciencia es muy clara la Constitución de España, artículo 20.1.d. Sin embargo, existen algunas propuestas constitucionales que también recogen la protección a la independencia ideológica de los periodistas: Constituciones de Paraguay, artículo 29

El periodista tiene el derecho de mantener su independencia¹⁷⁷ y tendrá como destinatario de esta prerrogativa a la propia empresa periodística.

(b) Secreto profesional

A través de él, el periodista debe mantener en el anonimato a sus fuentes de información¹⁷⁸. Está referido a no revelar la identidad de su fuente informativa¹⁷⁹, manteniéndose independencia frente a la presión gubernamental o frente a los propios propietarios de la empresa.

De manera genérica, este derecho se encuentra estipulado en el artículo 2.18 de la Constitución. Aunque aparece como derecho, el secreto profesional es también un deber fundamental respecto a quien confiado en el periodista¹⁸⁰. Debemos reconocer que el secreto profesional a veces ha sido materia de críticas puesto que pudiéndose amparar en él, el ejercicio del derecho por parte del periodista quedaría inmune del control de la diligencia debida. A este punto regresaremos *infra*.

Este secreto está en estrecha interrelación con la confidencialidad de las fuentes informativas, pero esta “garantía, en este caso, trasciende el individuo y se

(se permite a los periodistas actuar según los dictados de su conciencia) y de Portugal, artículo 38.1 (intervención de los periodistas en orientación ideológica de la empresa).

¹⁷⁷ De acuerdo al artículo 1 de la Ley 26937, el periodismo deberá realizarse con plena libertad. Además, sobre una protección general a la actividad periodística, la Constitución de Colombia, artículo 74.a (para garantizar libertad e independencia profesional).

¹⁷⁸ Sobre el secreto profesional de los periodistas, véase, Constituciones de Colombia, artículo 74.c, Andorra, artículo 12, Paraguay, artículo 29, España, artículo 20.1.d y Brasil, artículo 5.XIV.

Además, véase Jurisprudencia Comparada. En ella se ha señalado que estos derechos permiten a los periodistas “mantener en secreto el nombre de sus informantes, también en los casos [...] en los cuales [...] el objeto de la investigación es un delito doloso de traición a la patria y [...] los informantes pueden ser considerados como cómplices de este delito” [Caso *Der Spiegel*, Sentencia del tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfGE 20, 162 (219), rec. por Robert ALEX. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 143].

¹⁷⁹ Sin embargo, para DESANTES GUANTER, podemos encontrar tres tipos de secretos: uno general, que afecta a todo profesional (versa sobre hechos), el de la empresa (sobre relación laboral entre periodista y empresa) y el informativo propiamente dicho (exclusivo del profesional) [Fundamentos del derecho a la información. Op. cit. pp. 94 y ss.].

Pero, para que cualquiera de éstos sea considerado como tal, debe poseer dos atributos necesarios, como que “(a) *the information itself must be captable of being the subject matter of a duty of confidentiality, and (b) the information has been imparted in circumstances importing an obligation of confidentiality*” [WILSON, William. *Privacy, Confidence and Press Freedom: A Study in Judicial Activism*. En: *Modern Law Review*. Cambridge, v. 53, n° 1 (ene. 1990). p. 44].

¹⁸⁰ Así, punto 8 del Código propuesto por la Asociación Nacional de Periodistas y Federación de Periodistas del Perú, cit. por Alejandro MIRÓ QUESADA GARLAND. El periodismo. Op. cit. p. 136; y, artículo 6 de la Declaración de Principios de la Conducta de los Periodistas, adoptada por la Federación Internacional de Periodistas en 1954, cit. por Jean-Paul MARTHOZ. El derecho a saber. Op. cit. p. 64.

extiende a la propia institución”¹⁸¹. La protección que brinda este secreto será en un triple sentido¹⁸²: en todos los medios de comunicación, sobre todos los soportes materiales -fotos, filmes y otros- y para todos los que intervienen en la producción del discurso.

Por último, quisiéramos hacer algunas precisiones sobre las diversas personas que actúan dentro del proceso comunicativo. No sólo está presente el periodista investigador sino todo un grupo humano, del que debe excluirse al propietario, que permite que la tarea informativa llegue hasta el público.

Todas estas personas que actúan en este proceso comunicativo son titulares de estos derechos. Y, lógicamente, la responsabilidad de sus actos depende de su actuación dentro de dicho proceso.

Entonces puede considerarse como periodista al:

(a) Investigador

Es el periodista en el sentido restringido de la palabra, al ser quien realiza una averiguación sobre un tema noticiable o presenta una opinión a través de los medios de comunicación social¹⁸³. Para la Legislación Comparada, un ‘redactor responsable’ puede cumplir con ciertos requisitos personales que permitan su actuación con responsabilidad¹⁸⁴.

¹⁸¹ Sobre el tema revisar, Emilio J. CÁRDENAS. La libertad de prensa acerca de la confidencialidad de las ‘fuentes’ informativas. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, t. 1994-B (1984). pp. 1000 y ss.

¹⁸² WILHEIM, Patricia. El secreto de las fuentes. En: El correo de la Unesco. París, mes de septiembre (1990). p. 19.

¹⁸³ Básicamente, es titular del derecho, el autor del discurso: Constituciones de Luxemburgo, artículo 24 (escritor) y Uruguay, artículo 29. Además, en la Ley sobre derechos de autor, al referirse a los artículos periodísticos, señala que salvo pacto en contra, “la autorización para el uso de artículos en periódicos, revistas u otros medios de comunicación social, otorgada por un autor sin relación de dependencia con la empresa periodística, sólo confiere al editor o propietario de la publicación el derecho de insertarlo por una vez, quedando a salvo los demás derechos patrimoniales del cedente o licenciante” (artículo 86). Esto mismo será aplicado a “dibujos, historietas, gráficos, caricaturas, fotografías y demás obras susceptibles de ser publicadas en periódicos, revistas u otros medios de comunicación social” (artículo 87).

¹⁸⁴ Según el artículo 9.1 de la Ley de Prensa de Hamburgo, las condiciones para su trabajo se centran cuatro puntos: “No puede actuar ni ser empleado como redactor responsable quien: 1. no tenga su residencia permanente en el ámbito de vigencia de la Ley Fundamental; 2. a consecuencia de fallo judicial esté incapacitado para desempeñar cargos públicos, o para acceder a derechos resultantes de elecciones públicas,

En materia penal, sólo se reconoce autoría al que realiza la inquisición y del que se puede exigir directamente la diligencia debida. Por ende, el investigador es el ‘único’ responsable penalmente. El resto de casos que explicaremos, no.

(b) Director y editor

El primero de ellos es la persona que toma la decisión de publicar o comunicar un discurso. Es quien está a cargo de todo el proceso comunicativo y asume ante los directivos de la empresa las consecuencias del discurso.

El editor, por su parte, responde la persona por cuya iniciativa y responsabilidad se difunde el discurso¹⁸⁵. Es quien directamente deriva a un periodista la tarea de tal o cual reportaje.

Pese a lo que señalábamos de su irresponsabilidad penal, en varios casos la Jurisprudencia nacional ha señalado, equivocadamente, lo contrario: “si el autor de la nota periodística ofensiva no es identificado, entonces penalmente responde el director o editor de la publicación”¹⁸⁶.

(c) Distribuidor, vendedor, impresor y proveedor

En principio, solamente son periodistas las personas ya presentadas y esto se da así puesto que éstas son las que tienen la oportunidad de participar del proceso comunicativo y del contenido del discurso.

Sin embargo, podrán considerarse como titular a quien distribuye o vende¹⁸⁷, quien imprime la edición¹⁸⁸ y quien provee los equipos¹⁸⁹, si conociendo o

o haya perdido el derecho a elegir o votar en asuntos públicos; 3. no haya cumplido los 18 años de edad; y, 4. no tenga plena capacidad para obrar”.

¹⁸⁵ La responsabilidad del editor fue recogida expresamente en la Constitución de 1867.

¹⁸⁶ Caso Vladimiro Montesinos Torres c/ Enrique Zileri Gibson. Expediente 08-91-Q, sentencia de primera instancia del 19 de julio de 1991.

¹⁸⁷ Son titulares los distribuidores si no existe autor: Constitución de Luxemburgo, artículo 24. En esta misma línea la Jurisprudencia Comparada: Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense Rosebloom c/ Metromedia, 403 US 29, 1971, referido a un distribuidor de revistas pornográficas [rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 32].

¹⁸⁸ Según las Constituciones de Luxemburgo, artículo 24 y Uruguay, artículo 29 y la Sentencia del Tribunal Constitucional español 176/1995, rec. por Fernando HERRERO-TEJEDOR. Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Madrid: Colex, 1998. p. 158.

¹⁸⁹ En general, publicadores, tal como lo señala la Constitución de Luxemburgo, artículo 24.

debiendo conocer la noticia o idea vertida -al afectar ésta a otro derecho fundamental- *delivers* o *transmits* el discurso publicado por un tercero¹⁹⁰.

Un claro ejemplo de ello se presenta cuando prohibida la venta de revistas pornográficas, éstas son vendidas subrepticamente en un quiosco.

b. El propietario de la empresa periodística

Dentro de la propia empresa periodística existen dos tipos de ejercicio de los derechos de comunicación del discurso. Uno está destinado a la protección del periodista y otro a la de los propietarios de los medios.

Entonces, la más explícita de estas referencias indica que la expresión y la información incluye en sí la creación de los medios de comunicación social¹⁹¹. En esta descripción debemos entender a los propietarios como titulares. Pero además, aunque ya no de manera tan directa, todo destinatario de estos derechos está prohibido de suspender o clausurarlos así como de impedir su circulación¹⁹². Como ya revisábamos esta obligación está fundamentalmente dirigida al Estado¹⁹³.

Los derechos que unen al propietario con su empresa periodística, aparte de los existentes gracias al artículo 2.4, también está dado por los existentes según los artículos 58 y subsiguientes -léase, libertad de empresa y consecuencias-. Pero así como existen diversas facultades, en el Perú se han formulado ciertas restricciones respecto a su ejercicio.

¹⁹⁰ SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 146, retomando lo expresado por *Restatement (Second) of Torts*.

¹⁹¹ En semejantes términos, Constituciones de Colombia, artículo 20.a, Portugal, artículo 38.2 y Chile, artículo 19.12.c.

¹⁹² En general, se impide toda forma de perjudicar su funcionamiento. Así, Constituciones de Paraguay, artículo 27, Guatemala, artículo 35, Honduras, artículo 73 y Chile, artículo 19.12.c.

¹⁹³ Menos aún se aceptará una nueva estatización de los medios de comunicación social como sucediera en la época de Velasco (gobierno militar). Por eso, VARGAS LLOSA reconociendo las dificultades y problemas que acarrear los medios privadas, señala que “si para conjurar ese peligro real se procede a estatizar los medios de comunicación, se trata de curar la enfermedad mediante la terapéutica de matar al enfermo” [Una batalla cultural. Op. cit. p. 459].

En lo que no distingue el constituyente nacional es lo referido a la calidad del propietario. Cualquiera de ellos podrá ser dueño de un medio de comunicación social, siendo indiferente si éste es privado o público¹⁹⁴.

Quizás la principal facultad dada a los propietarios es, para Fernández Segado, la creación de 'soportes' (entendido como creación de medios de comunicación social), lo mismo que aparece como un 'derecho instrumental' orientado a la eficacia real de los derechos de comunicación del discurso¹⁹⁵.

Ahora bien, la principal exigencia es la exclusividad de propiedad por parte de los nacionales. De acuerdo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, la titularidad de los extranjeros se da según las circunstancias y según los derechos. En este caso no pueden ser titulares¹⁹⁶.

Un caso muy conocido en este tema es el de Baruch Ivcher Bronstein, propietario del Canal 2, Frecuencia Latina. Esta persona de origen israelí se había nacionalizado peruano en la década de los ochenta, asumiendo el control de este canal televisivo. Su línea siempre fue gobiernista hasta que por diversos problemas, dio un giro total y se volvió de corte opositor. En virtud de ello, el Estado le quitó la nacionalidad so pretexto de irregularidades administrativas en las que se incluía la pérdida de todo el expediente de nacionalización, y con ello también se le despojó de la propiedad del canal, tras presentar el caso como un proceso entre accionistas. Este tema ha sido motivo de preocupación internacional, tanto así que la propia Comisión Interamericana (caso 11762)¹⁹⁷ se ha pronunciado a favor de Ivcher, después de que el caso llegara a fueros internacionales tras haber sido denegados los reclamos del afectado dentro del poco independiente sistema judicial.

¹⁹⁴ Sólo se acepta la propiedad privada restringida en la Constitución de Chile, artículo 19.12.d (Universidades y otras entidades que señale la ley); es únicamente pública en un país con una conocida ascendencia dictatorial: la de Cuba, artículo 53 (sólo propiedad estatal o social).

¹⁹⁵ Las libertades informativas en la Constitución Española de 1978. Op. cit. p. 102.

¹⁹⁶ Si bien la norma legal peruana en que se sustenta esta prohibición es infraconstitucional, existen Normas Supremas que sí reconocen esta imposibilidad de los extranjeros de ser titulares de estos derechos, sobre todo en el campo de los medios de comunicación social. Son sólo titulares los nacionales en las Constituciones de Brasil, artículo 222 y Honduras, artículo 73 (que es más específica: los extranjeros no pueden intervenir en la dirección y en la orientación intelectual, política o administrativa de periódicos impresos, radiales o televisados).

¹⁹⁷ RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión. Op. cit. pp. 23 y 24.

Aunque como lo señala FLORIS MARGADANT, éste caso no es el único en la región. Lo mismo sucedió en el caso de Impacto, de México, otro que también fue "disfrazado como pleito entre accionistas" [La libertad de imprenta en el Constitucionalismo Norteamericano y el Mexicano. Op. cit. p. 1148].

Es más, Canton, como Relator Especial para la Libertad de Expresión en las Américas, ha señalado en un comunicado de prensa, que su institución “continuará informándose sobre la evolución del presente caso, y espera que se ponga fin a la persecución y hostigamiento, existente en contra de Baruch Ivcher, su familia y sus propiedades, que, a juicio de esta Relatoría, atentan contra la libertad de expresión garantizadas en el art. 13 de la Convención Americana y a los principios democráticos sustentados por la gran mayoría de los países del hemisferio”¹⁹⁸.

B. En los demás medios de comunicación

Suele trabajarse la titularidad de los derechos de comunicación del discurso respecto a los medios periodísticos. Pero, no son los únicos.

a. En el cine

Si bien casi todo el desarrollo doctrinal y legislativo de los derechos de comunicación del discurso, está destinado al tratamiento de las clásicas empresas periodísticas -radio, televisión, prensa-, no se debe obviar que gracias al artículo 2.4 se permite incluir como medio de difusión de la expresión y de la información al cine.

Pero, ¿quién ejerce estos derechos en el cine? Creemos que básicamente el director y el guionista, pero también el propietario del cine donde se exhiba la película.

Revisemos a estos titulares:

(a) Director y guionista

¹⁹⁸ Comunicado de Prensa, PR/2/98, dado en Washington, en diciembre de 1998.

En esencia, los titulares son dos: el director, quien es el que maneja todo el proceso de divulgación del discurso, y el guionista, el cual es verdaderamente el que dota de un contenido al discurso¹⁹⁹.

Es muy difícil que otros agentes del proceso cinematográfico sean titulares y por tanto responsables por los excesos inmersos en una película, aunque con la misma lógica usada para los vendedores o distribuidores, podrá ser por ejemplo titular el actor que participa de un film. El planteamiento referido al cine debe ser usado también para las series o novelas que se presentan por televisión o radio.

(b) Propietario del cine

Además el propio propietario del establecimiento cinematográfico²⁰⁰ -comúnmente llamado cine- debe incluirse en idéntico sentido que los propietarios de los demás medios de comunicación social.

b. En la literatura

Un tanto distinto es el caso de los autores de libros. Quien básicamente responde por el contenido del discurso vertido es el propio autor de la obra. Él no es parte de un proceso comunicativo -como sí sucede en el caso de un noticiero, una película o una serie-, sino que se acerca a alguna empresa editorial para publicar un discurso.

¹⁹⁹ Así según la Ley de Cinematografía peruana (Ley 26370, de 1994), el director cinematográfico es el “autor ejecutor de la realización y responsable creativo de la obra cinematográfica” (artículo 1.e) y el guionista, el “autor del guión, original o adaptado de otra fuente, en el cual se basa la realización de la obra cinematográfica (artículo 1.f).

²⁰⁰ Empresa cinematográfica será aquella “empresa constituida de acuerdo a Ley y debidamente registrada en el CONACINE, que realice una o más de las actividades de producción, distribución, programación, y exhibición cinematográfica, u otras conexas o coadyuvantes a estas actividades” (Ley de Cinematografía peruana, artículo 1.s).

En situación similar se encontrará aquel que crea una página web, por lo que la actuación de los servidores en internet es de mero medio para que alguien presente un discurso.

c. En la música

Si bien muchas veces recoge las letras de otras personas, el intérprete perfectamente maneja el contenido de le discurso pronunciado. Por ello, él también ejerce su derecho a la expresión.

Entonces es el cantante quien hace público el mensaje del discurso. Este caso es distinto a lo que representa un actor: éste no maneja el contenido del discurso, aquél, sí.

d. En el teatro

Al igual que en los casos anteriores, la responsabilidad del actor es casi inexistente. Quien ejerce principalmente el derecho es quien emite el discruso o puede controlarlo: el guionista y el director.

C. Los particulares

Revisaremos dos casos que sin discusión alguna son considerados como titulares de estos derechos: los menores y el público en general.

a. Menores de edad

No existe una razón válida para negar a los menores su posibilidad de emitir un comentario o de transmitir una noticia. Sin embargo, en el caso de la búsqueda del discurso sí creemos que se tendrá limitaciones propias de las restricciones de su capacidad civil (no podrá ingresar por ejemplo a un Ministerio a solicitar una copia certificada del presupuesto del sector).

La propia Convención sobre los derechos del niño, en su artículo 13.1 señala que “[e]l niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escritos o impresos, en forma artística o cualquier otro medio elegido por el niño”.

Esta norma ha sido recogida en nuestro Ordenamiento a través del Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 10 (“el niño y adolescente tiene libertad de expresión en sus distintas manifestaciones”), y con mucho más énfasis en el 11 (“el niño y adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y por los medios que elija, y a que se tenga en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”). En este último se agrega una cuestión no presentada en las normas anteriores: sólo se tomará en cuenta el derecho a la expresión por parte de los menores en cuanto esté en condiciones de hacerlo y de acuerdo al grado de madurez obtenido.

Pero así como los menores son titulares para hacer público su discurso, también lo son para la recepción de los mismos. Por esta razón, a veces se requiere controlar la información que puede brindársele en virtud de su debilidad emocional y psicológica.

Por eso, en un caso de la Jurisprudencia Comparada se ha señalado que una de las preocupaciones de los Estados debe ser la protección de los menores en su acceso a todo material indecente²⁰¹.

b. El público

El público como masa indeterminada debe ser considerada también como un titular idóneo de estos derechos: en cuanto éste es el que recibe o tiene acceso al discurso. En este sentido cada uno de nosotros ejerce estos derechos cuando, por ejemplo, estemos viendo televisión o leyendo un periódico.

A través de la titularidad abierta se permite un acercamiento entre la información -aunque también la expresión- y el presupuesto de la participación ciudadana. Recordemos en este punto la importancia de la comunicación del discurso en la democracia y sobre todo la propuesta de la decisión correcta. Por consiguiente, los derechos de comunicación del discurso dejan de ser meramente individuales y se convierten en intereses difusos (consideramos esta clasificación más adecuada a la de derecho colectivo).

Justamente la posibilidad del público de ser titular²⁰² ha hecho que la Corte Interamericana haya considerado que estos derechos no solamente poseen un carácter individual -como en los casos antes mencionados- sino también uno

²⁰¹ Si bien en el Precedente estadounidense *Reno c/ American Civil Liberties Union*, la Corte Suprema “*unanimously found that although the government has a compelling interest in protecting children from exposure to indecent material*”, también se consideró que “*the Communications Decency Act is unnecessarily broad*”, razón por la cual “*the Act’s prohibition against posting indecent materials on the Internet where children might access them interferes with adults’ rights to view the material if they so choose*” [Caso n° 96-511, de octubre de 1996, rec. por <http://www.tjcenter.org/>]. Para un mayor análisis de esta sentencia, revisar a María Luisa FERNÁNDEZ ESTEBAN. Limitaciones constitucionales a la libertad de expresión en internet. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, año 18, n° 53 (may. – ago. 1998). pp. 283 y ss.

²⁰² A favor de este tratamiento, Sonia PICADO. La información como un derecho humano colectivo. Op. cit. p. 49; COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Libertad de expresión. En: Página Web de la Comisión Andina de Juristas (<http://www.cajpe/org.pe/rj/sistema/ddhh/pe.htm>); Antonio CANÇADO TRINDADE. El amplio alcance del derecho a la información como un derecho humano. En: ORDOÑEZ, Jaime (ed.). Periodismo, Derechos Humanos y Control del Poder Político en Centroamérica. Op. cit. p. 08; Jordi BONET. El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 43; Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p.

colectivo: es un derecho de la sociedad²⁰³. Y es que en general, los derechos fundamentales se han convertido en “un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente considerados”²⁰⁴. Nada más cierto en el caso de estos derechos. Lo que sucede es que “el intercambio de opiniones e informaciones le da al individuo las posibilidades de hacer suya la carga cultural de otros hombres que, aunque lejanos físicamente, se acercan en el momento de la comunicación; ésta a su vez crea la posibilidad de acrecentar nuestros conocimientos y darlos a conocer a otros”²⁰⁵. Sobre un caso específico, la Defensoría del Pueblo ha señalado que los medios de comunicación social “constituyen uno de los espacios más importantes a la información de las personas comunes y corrientes durante los procesos electorales. Ello permite el intercambio de información de temas de interés general y contribuye a que cada uno se forme una opinión libre por estar convenientemente informados de las distintas ofertas participantes en la contienda”²⁰⁶.

En este punto, reiteramos que mejor debe considerarse a estos derechos como intereses difusos. Para Priori Posada, si un derecho es calificado como colectivo es porque protegen a personas más o menos numerosas, determinadas o no, pero que entre sí poseen un vínculo jurídico, mientras que los intereses difusos amparan a un “conjunto de personas absolutamente indeterminadas o indeterminables, sin que exista entre ellas vínculo jurídico alguno”, sino que “se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables”²⁰⁷. Esta diferencia nos hace derivar que el derecho que

54 (reconoce que este derecho colectivo se debe a la masividad, simultaneidad e influencia de los medios de comunicación social); Jaime ORDOÑEZ. Periodismo, derechos humanos y control del poder político. Op. cit. pp. 16 y ss.

²⁰³ Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 30.

Según la Encíclica *Communio et progressio*, la población “que camina a través del tiempo construyendo la historia, como protagonista a la vez que destinatario de la comunicación, fijos en la mañana los ojos confiados y atentos, vislumbra lo que a manos llenas le promete la era espacial recién nacida”[187; AAS, LXIII (1971)].

²⁰⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Dogmática de los derechos de la persona en la Constitución española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. Op. cit. p. 204; en este mismo sentido, Modesto SAAVEDRA LÓPEZ. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 19; Juan Carlos CARBONELL MATEU. Libertad de expresión y derecho al honor. Op. cit. p. 47; Luis Jaime CISNEROS. La función de los medios de comunicación social. Op. cit. p. 21; Enrique FERRANDO GAMARRA. El derecho a la información. Op. cit. p. 82; Mario VARGAS LLOSA. Una batalla cultural. Op. cit. p. 44.

Y es así como el Director Regional de Unesco en Comunicación para América Latina, Alejandro ALFONZO refiere que es interesante impulsar la participación de la ‘sociedad’ en su desarrollo democrático, y ello ha de deberse en gran medida a los medios de comunicación social. Ésta es una principales acciones de la ciudadanía dentro de un mundo con Cultura de Paz [En: ALAI y ARPAS (org.). Foro Internacional Comunicación y Ciudadanía. <http://www.presidencia.gob.pa/dislibertad.html>].

²⁰⁵ ABUSÁBAL VELARDE, José Eduardo. El derecho a la información y el derecho a la intimidad personal. Op. cit. p. 12.

²⁰⁶ Propaganda, elecciones e igualdad de oportunidades. En: Supervisión Electoral. Boletín informativo de la Defensoría del Pueblo. Lima, año I, n° 2 (feb. 2000). p. 01; mantenido en Elecciones 2000. Informe de supervisión de la Defensoría del Pueblo. Lima: DESA, 2000. pp. 15 y ss.; Elecciones 2000. Balance de la segunda vuelta electoral. Lima: JMD, 2000. pp. 10 y ss.

²⁰⁷ La tutela de los intereses difusos. Op. cit. puntos 14, 17.

tiene el público es un interés difuso²⁰⁸ y no un derecho colectivo, en el sentido estricto del término.

Entonces, como titular de los derechos de comunicación del discurso también debe ser considerada a “la ´masa´ no como entidad física (el gentío) sino una entidad abstracta, constituida por una multitud indistinta e indistinguible de componentes”²⁰⁹. Por ello se ha propuesto que esta dualidad de derechos es insustituible para los fines de la información de los ciudadanos y, por consiguiente, de la formación pública formada y consciente”²¹⁰. En el mundo contemporáneo, para Vásquez, las relaciones interpersonales han perdido vigencia, razón por la cual “[i]nsurge, en su lugar, una *sociedad mediática* donde el conocimiento y el intercambio son *efectivamente* mediados, por los operadores de la comunicación”²¹¹.

La gran dificultad que se podrá presentar respecto a este tema es cómo las personas que sientan la afectación del discurso que les debe llegar pueden buscar salvaguardar la vigencia de sus derechos. Nuestro Ordenamiento, creemos, presenta varios caminos complementarios entre sí, que podrían lograr esta eficacia comunicativa. La actuación de las instituciones privadas²¹² y públicas²¹³ así como el uso de la acción popular o la *class action*, podrá servirnos para ello. Sobre este punto regresaremos en el siguiente capítulo.

²⁰⁸ Por eso no es tan ilógico que el Consejo de la Prensa Peruana incluya entre sus objetivos “[p]atrocinar los intereses difusos vinculados con los fines de la asociación, de conformidad con lo establecidos en el artículo 82 del Código Procesal Civil” (Boletín del Consejo de la Prensa Peruana).

²⁰⁹ PACE, Alejandro. El derecho a la propia imagen en la sociedad de los *mass media*. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, año 18, n° 52 (ene. – abr. 1998). p. 34.

Además, para BOUZAT, la base de este planteamiento debe encontrarse en “[e]l convencimiento de que el problema de la legitimidad sólo puede ser resuelto en el marco del debate público y la creencia de que el valor moral de la democracia está basado en los procesos de discusión pública” [Libertad de expresión y estructura social: El derecho de réplica. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Buenos Aires, n° 3 (may. – ago. 1989). p. 90].

²¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional italiana, rec. por Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y derecho a la información. Op. cit. p. 142.

Este derechos se reflejan en “el derecho de los demás de recibir información correcta y adecuada”, y ha sido reconocido en la Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos Sunday Times c/ Reino Unido (del 26 de abril de 1979) y Lingens contra Austria (del 8 de julio de 1986). También se ha referido a este tema la Jurisprudencia colombiana: Sentencias C-448/93 (n° 6.2.1), T-080/93 (n° 5), T-332/93 (n° III,2) y T-563/93 (n° III, 3), rec. por Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 61.

²¹¹ Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 71.

²¹² Tal como podría ser un Comité de Usuarios de los medios de comunicación social, de la misma forma como existe el de usuarios de servicios públicos.

²¹³ Aparte de la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público, también podría serlo Indecopi, institución que pudo haber intervenido en el caso del monopolio estatal en las últimas elecciones.

2.2.1.2. Personas jurídicas

Las personas naturales son los titulares originales de los derechos a la expresión y a la información. Sin embargo, hemos considerado que también lo son las jurídicas.

Si bien nuestro Código Penal les reconoce irresponsabilidad²¹⁴, creemos que una persona jurídica sí puede ser sujeto de derecho. Como decíamos, esta persona será titular de un derecho fundamental sólo si la naturaleza de éste se lo permita. ¿Podrá dar su opinión una persona jurídica?, ¿podrá informar a la colectividad sobre algo?

Desde nuestro punto de vista, si como organización una persona jurídica comunica un discurso en ese momento aparece como titular de los derechos.

Así, si una empresa dedicada a fabricar relojes hace un pronunciamiento sobre el alza injustificada de los metales, está haciendo uso de su derecho a la expresión. Es tan legítima su opinión como la de un relojero que lo hace a nombre propio.

Dentro de este esquema, los medios de comunicación social también pueden ser titulares de estos derechos, siempre y cuando los ejerciten como organización, en el sentido antes explicado. Está básicamente relacionada con sus actividades como empresa y no con la labor -ni línea periodística- de los comunicadores sociales ni de los propietarios.

Debemos dejar en claro además que los medios de comunicación social no son más que medios. A veces ha llegado a considerárseles como titulares de los

²¹⁴ Solamente pueden ser sujetos activos de un delito las personas naturales. Según el artículo 105 sólo caben medidas accesorias aplicables las jurídicas, si y sólo si “el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organizando para favorecerlo o encubrirlo”.

derechos en el momento que los periodistas ejercen sus derechos, sin embargo la propia Constitución es clara en ello al referirse al ámbito penal de la transgresión de los derechos de comunicación del discurso: “Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican por [...]” (artículo 2.4). En este caso ha sido muy explícito el constituyente respecto su verdadero rol como simple ‘medio’ y no como titular²¹⁵.

Se ha llegado a concebirlos de un lado, como industria (con intereses económicos y políticos de por medio) y, de otro, como ideología (transmitiendo el pensamiento de quienes lo manipulan e influyendo desmesuradamente en la opinión del público)²¹⁶. Sin embargo, en ambos supuestos lo que estamos derivando es, desconociendo la titularidad del medio como persona jurídica, el ejercicio de los derechos al propietario (en el ámbito empresarial) y al periodista (en el ámbito ideológico). Por ello es que muchas veces se usa el término genérico de ‘medios de comunicación social’ no como entidad, no como persona sino simplemente para incluir a los propietarios y periodistas en un solo vocablo.

2.2.2. Los destinatarios

Como sabemos si existe un titular, éste debe hacer efectivo su derecho frente a alguien. Es ahora momento de estudiar quiénes son los destinatarios. De un lado, está el Estado y de otro, los particulares.

En el mismo sentido, se encuentra la Defensoría del Pueblo para la cual, “[l]a Constitución, entonces, protege a las personas frente a cualquiera injerencia de los poderes públicos o incluso de los particulares que afecte este derecho”²¹⁷.

2.2.2.1. El Estado

²¹⁵ Reiteramos lo señalado en Víctorhugo MONTOYA CHÁVEZ. Perú, televisión con futuro. Op. cit p. 20.

²¹⁶ GARCÍA RAMOS, Dagoberto. Crítica sobre la libertad de prensa en la Constitución vigente. Op. cit. pp. 78 y ss.

²¹⁷ Acción de Inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 317 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Ley 22633.

Dentro una perspectiva institucional, el rol estatal no sólo se reduce a ‘dejar hacer’ sino a adoptar medidas necesarias para la promoción de la comunicación del discurso.

Esta misión del Estado es, sin embargo, bastante delicada, por lo que no podrá a través de estas actividades justamente realizar lo contrario a su rol: aprovecharse de este ejercicio para el control o la asunción de la gestión de los medios de comunicación social o controlar previamente el contenido de las informaciones o ideas que se van a propalar en ellos.

La relación entre Estado y medios de comunicación social (entendiéndolos como la confluencia de intereses entre propietarios y periodistas) parece darse en una situación de ‘tensiones dinámicas’, puesto que cada uno parece “obrar como si su contraparte estuviese en disposición (consciente e inconsciente) de coartar su efectividad”²¹⁸.

El diligente rol del Estado respecto a los derechos de comunicación del discurso, se produce a través de tres cometidos²¹⁹: sancionando los abusos en su ejercicio, garantizando su ejercicio por parte de los medios de comunicación social y asegurando el pluralismo comunicativo.

a. Efectividad

²¹⁸ CÁRDENAS, Emilio J. La libertad de prensa acerca de la confidencialidad de las ‘fuentes’ informativas. Op. cit. p. 1000.

²¹⁹ Tal como lo plantea BONET, aunque el español sostiene la existencia de cuatro funciones estatales, pero creemos que la segunda que plantea es subsumible en la primera (la protección de los derechos de los individuos encaja perfectamente en la sanción del abuso de los derechos) [El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. pp. 46 y ss.]. Algo similar propone Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. pp. 150 y 151.

A través de este cometido se exigen medidas directas por parte del Estado para la vigencia de estos derechos. Esta efectividad puede darse tanto a través de medidas positivas como negativas²²⁰.

Con las primeras, el Estado ha de abrirse al público para presentar un gobierno transparente. Se intenta que se facilite, de la mejor manera posible, el trabajo de los titulares de los derechos a la expresión e información, en especial, de los periodistas investigadores.

En esta línea se encuentra el artículo 2.5 de la Constitución. Además también podemos encontrar esta actitud promotora en la Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores²²¹ y el Reglamento de Organización y Funciones de la Gerencia del Poder Judicial²²².

Pero mayor desarrollo ha encontrado la actividad abstencionista del Estado. Por ello acá nos parece recalcar un interés puesto de manifiesto por el constituyente: la comunicación del discurso debe realizarse sin previa autorización, censura ni impedimento alguno. A todo se denomina la imposibilidad de control previo. Éste se puede dar de dos formas: uno directo y otro indirecto.

Por el directo, el constituyente trata de evitar que el Estado de manera abierta impida la actividad de los medios de comunicación social. A veces se exige licencias cuyo fin es controlar el contenido de estos medios y no son de tipo

²²⁰ Es tanta la importancia de estos derechos que en la Constitución de Liberia (artículo 15.a) se señala que no pueden ser objeto de restricciones en situaciones de emergencia. Más clara aún, la Constitución de Albania, artículo 52: “El Estado garantizará la realización de estas libertades, creará las condiciones para su ejercicio y pondrá los medios materiales necesarios a disposición de los ciudadanos”.

²²¹ Decreto Ley 26112. Señala en su artículo 28, dentro del tema de los órganos de apoyo, que la Dirección de Prensa y Difusión tiene, entre otras funciones que “brindar a la prensa nacional y extranjera las facilidades que estén a su alcance, para la cobertura informativa de aquellos asuntos vinculados al quehacer de la institución, coordinando para tal efecto con las demás reparticiones del Ministerio”.

²²² Resolución Administrativa 015-94-CE-PJ. Al referirse a las funciones de la Oficina de Imagen Institucional, dentro del artículo 12 se expresa la inclusión de “un ágil sistema de relaciones con los medios formadores de opinión pública” (inciso a), la ejecución de un programa de difusión del “servicio, objetivos, metas y resultados de la Institución en los medios de comunicación” (inciso b) y el mejoramiento de la imagen a través de “la publicación de boletines y el desarrollo de medios de promoción masiva de la imagen institucional” (inciso c).

técnico; también se podría cerrar medios si su actividad no es compatible con los fines políticos gubernamentales.

La censura directa está referida a “cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido”²²³, incluyéndose dentro de ella, casos como la confiscación de libros²²⁴ y excluyéndose el secuestro administrativo, que puede ser realizado por un juez²²⁵. El mensaje del control previo directo es muy amplio: va a dirigido a ‘cualquier’ agente estatal.

Lo que debemos subrayar es que este control no incluye la aceptación de autorizaciones administrativas (quizás por aspectos tributarios o por móviles de frecuencia de ondas en el caso de la televisión o de las radios), siempre y cuando estén fundamentadas en razones técnicas.

Decíamos que aparte del control directo, existe uno indirecto. Éste es más delicado: si bien el primero es abierto y público, éste es subrepticio y disimulado, y tampoco podrá permitirse dentro de los cánones democráticos.

Como marco general, el artículo 13.3 de la Convención Americana prohíbe “vías o medios indirectos encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. Esto se ve complementado con la Declaración de Chapultepec que expresa en su Principio 5, que “[e]l asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores, coartan la libertad de expresión y de prensa. Estos actos deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad”²²⁶. Por ende, se debe considerar que la mejor forma de colaboración del Estado “es

²²³ Sentencia del Tribunal Constitucional español 52/1983, de 17 de junio, rec. por Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. Las libertades informativas en la Constitución española de 1978. Op. cit. p. 95.

En el pasado, los métodos que se utilizaban para controlar a estos medios eran mucho más directos que los actuales. Para conocerlos, revisar a Eugenio PELLETÁN. Derechos del hombre. Op. cit. p. 98.

²²⁴ Posición de la Corte Interamericana, Caso 10325, Steve Clark c/ Grenada (Informe 2/96, 1996).

²²⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Las libertades informativas en la Constitución española de 1978. Op. cit. p. 96.

²²⁶ Adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre la Libertad de Expresión celebrada en México D.F., 11 de marzo de 1994.

garantizar la investigación efectiva, amplia, objetiva e independiente de todos los casos de asesinatos, agresiones y amenazas”²²⁷.

Por ello, desde una perspectiva distinta a la jurídica se ha mostrado una preocupación por el tema. Así, Conaghan ha señalado atentamente que “[e]l aspecto formal de la libertad de prensa se manifiesta diariamente en los puestos de periódicos del Perú, aun cuando las condiciones para el ejercicio de un periodismo en serio sean cada vez más difíciles, debido a una cultura de hostilidad y a una filosofía oficial anclada en la aversión, en contra de los individuos y entidades que se atreven a hacer preguntas incómodas”²²⁸.

Cuando en el Capítulo Primero decíamos que se debe mirar el contexto de la realización de los derechos fundamentales, esto tiene mucha relación con lo que apreciaremos a continuación. Y es que las principales formas de agresión indirecta, las cuales podemos encontrar en Latinoamérica, son²²⁹:

(a) Asesinatos

En 1998 se produjeron en nuestra región dieciocho asesinatos, dos de los cuales se realizaron en nuestro país²³⁰. En casi todos estos casos según las organizaciones en defensa de los derechos de los periodistas piensan que éstos se realizaron por el móvil de la actividad que se realizaba, pese a que esto no ha sido probado.

²²⁷ Recomendación de la Relatoría. Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión. Op. cit. p. 59.

La responsabilidad del Estado es garantizar la vigencia de estos derechos: no debe permitirse que se aniquile al pensamiento humano puesto que “quien a un hombre mata, quita la vida a una criatura racional, imagen de Dios; pero quien destruye un libro, mata a la razón misma. Es decir, la razón es la potencia divina del ser” [MILTON, John. Areopagítica, cit. por Fernando C. GUZMÁN. Libertad de Conciencia, Derecho a la Vida y Libertad de Expresión y otros temas de Derecho Público en Spinoza y el Averroísmo Augustiniano. Tesis (licenciado). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 1994. p. 252].

Justamente para defender las denuncias contra los derechos de los periodistas, desde 1942 funciona la Sociedad Interamericana de Prensa [Página web de la SIP. <http://www.sipiapa.org/esp/home.html>].

²²⁸ Entre las amenazas y la complicidad: El Estado y la prensa en el Perú de Fujimori. En: TUESTA SOLDEVILLA, Fernando (ed.). El juego político. Fujimori, la oposición y las reglas. Lima: Fiedich Ebert, 1999.

²²⁹ RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión pp. 25 y ss.; en similar sentido, Leopoldo MEJÍA CAICEDO. ¿Libertad de prensa o miedo a la libertad? Op. cit. p. 56.

Sin embargo, estas formas no son las únicas de control indirecto. Así, la *GLOBAL INTERNET LIBERTY CAMPAIGN* ha insistido en “que la expresión libre en línea no debe ser restringida por medios indirectos como restricciones gubernamentales excesivas o la influencia privada sobre el hardware o el software de la computadora, manejo de la infraestructura de las telecomunicaciones u componentes esenciales de Internet” [*Regardless of frontiers*. <http://www.gilc.org/speech/report/>].

²³⁰ Los asesinados fueron Isabel Chumpitaz y José Anaya, pareja de esposos que trabajaban en Radio Satélite. Dichos homicidios fueron realizados en La Unión el 06 de abril de 1998 por un grupo de hombres quienes parece ser actuaban por móviles políticos porque la referida pareja criticó la actuación del gobierno regional a favor de los campesinos piuranos. Los delincuentes fueron capturados y condenados a cadena perpetua.

Lo que se critica al Estado es su falta de interés en investigar: debe realizarse con seriedad y no como mera formalidad. Así lo ha manifestado la Corte Interamericana: “El Estado está [...] obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos en la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que la violación quede impune y se restablezcan, en cuanto sea posible, a la víctima a su plenitud de su derecho, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”²³¹. Además, la Unesco ha expresado en su Resolución 120 del 12 de noviembre de 1997 que una función positiva está en que “los gobiernos adopten el principio de que nos prescriben los crímenes contra las personas cuando son perpetrados para impedir el ejercicio de la libertad de información y de expresión o cuando tuvieran como objeto la obstrucción de la justicia”.

(b) Intimidaciones

Está referida a amenazas verbales o escritas y las agresiones físicas a sus personas y/o bienes. Este es el método más utilizado para atemorizar a los periodistas y ponerles una mordaza contra su independencia ideológica.

Además, en el Perú existe un plan para investigar con profundidad a aquellos periodistas críticos al gobierno. Existe un hostigamiento constante hacia un amplio grupo de periodistas²³², sobre todo por estar realizando investigaciones de actos de corrupción en el gobierno y de las actividades realizadas por el Servicio de Inteligencia Nacional y del Servicio de Inteligencia del Ejército²³³. Además, según

²³¹ Caso Velázquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 176, rec. por RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión. p. 52; preocupación compartida por Danilo ARBILLA. La promoción y defensa de la libertad de prensa como base de la paz en América Latina. Op. cit. p. 09.

²³² Entre ellos, César Hildebrant y su equipo de investigación, Cecilia Valenzuela y su equipo de investigación, Luis Iberico, Lilian Zapata, Josefina Townsend, Nicolás Lúcar, Mónica Chang, Beto Ortiz, equipo de investigación especial del señor Ivcher, periodistas del diario La República, Ángel Paez, periodistas del diario El Comercio. A ellos se les ha amenazado de muerte y se les ha intervenido sus teléfonos. Un caso especial ha sido el de Johny Pezo, cuando se le encarceló por leer un comunicado del MRTA. Así, para el propio Relator “en el Perú si bien es posible efectuar críticas a las autoridades, en algunos casos estas críticas traen como consecuencia persecuciones y amenazas que limitan significativamente el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión [Anexo al Comunicado de Prensa 20/98, PR/1/98, dado en Lima, el 13 de noviembre de 1998, Consideraciones del Relator Especial para la Libertad de Expresión].

²³³ Además, “[p]ara mejorar de verdad la calidad del derecho a la libertad de expresión se requiere que los medios privados que contactan los agentes de inteligencia rompan esa vinculación o, en su defecto, estimulen su publicidad, establezcan estrictos códigos de conducta en su acceso a ellos o renuncien a emplear las mismas turbias prácticas de sus interlocutores” [DÉUSTUA, Alejandro. Desinformación en vivo. En: Diario Expreso. Sección Opinión. Lima, miércoles 25 de noviembre de 1998, p. 30]. Y la base de una actividad como ésta es que estos

se señala utilizan a los ya comentados periódicos ‘chicha’ para insultar alegremente a los periodistas independientes y políticos de oposición²³⁴.

(c) Medidas legislativas

Está relacionada con la presentación de proyectos de ley que amenazarían estos derechos²³⁵. En el Perú se ha estudiado una ley que obligaría a los periodistas a revelar sus fuentes informativas, y hemos sido testigos de ciertas normas dedicadas a amordazar a los periodistas (un buen ejemplo, los Estatutos de Prensa).

(d) Medidas judiciales

Se impone a los periodistas “penas de prisión o multa, obligación de concurrir en forma permanente a los tribunales y gastos para su defensa que perjudican significativamente sus actividades”²³⁶, siendo muchas veces, base de éstas, las evaluaciones de la labor de los gobernantes²³⁷.

Este tema es especialmente delicado en el Perú, país con una casi inexistente separación de poderes. La sumisión del Poder Judicial ante el Ejecutivo es más que evidente con las comisiones ejecutivas existentes. Así ya tenemos algunos casos en que la injerencia gubernamental en el sistema judicial perjudica los derechos de comunicación del discurso: aparte del caso Yvcher ya mencionado, el propietario del 75% de Red Global, Genaro Delgado Parker, quien afirmara que en el Perú de hoy, “la libertad de expresión no existe”, ya que en caso de respetarse, habrían “garantías para que los opositores puedan expresarse” y no usar a “un

servicios “en vez de dedicarse efectivamente a seguridad nacional o la información necesaria para la persecución del terrorismo o el narcotráfico se distraía en la investigación de los asuntos personales, íntimos de la clase dirigente, sea política, económica,..., pero personas influyentes, justamente para las labores de chantaje” [Posición del constituyente OLIVERA VEGA, en la Comisión de Constitución en su reunión del 25 de enero de 1993. En: DOTEL. Derecho a la información, informática e intimidad en la reforma constitucional de 1993. Lima: Asesorandina, 1993. www.asesor.com.pe/teleley/390-present.htm].

²³⁴ “El tratamiento es epidémico e identificado con una posición oficialista. Diarios como El chino, La chuchi, El mañanero o El Tío se dedican sistemáticamente a calumniar directamente a reconocidos periodistas como Angel Páez, César Hildebrant, José Arrieta, Edmundo Cruz. Se suele usar un mismo molde entre todos estos diarios y aunque ellos insistan en su independencia, se nota una burda maquinación en la que ellos son conscientemente utilizados” [ROJAS, Silvia. La prensa del CRIMEN. Op. cit. p. 09].

²³⁵ Así a comienzos del siglo XX, en Estados Unidos se anuló una ley que imponía un impuesto en Louisiana, puesto que “al final de cuentas, lo que estaba de por medio era una opinión pública informada e ilustrada” ya que el propósito de esta dualidad de derechos “fue preservar una prensa sin trabas como fuente vital de información pública” [Caso Grosjean c/ American Press Company (247 US 233, 247, 250 (1936), rec. por David O'BRIEN. El derecho público a la información. Op. cit. p. 127].

²³⁶ RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Op. cit. p. 27.

²³⁷ Se ha dicho que “prosecutions for libel initially inhered in virtually any act that might estrange the people from their government –including accusations of governmental wrongdoing or corruption–” [VAN ALSTYNE, William. *Congressional power and free speech: Levy's legacy revisited* (Leonard Levy: *Emergence of a free press* – Book review). En: *The Harvard Law Review*. Boston, v. 95, nº 5 (mar. 1986). p. 1092.

Poder Judicial que tiene más de un 70% de jueces con nombramiento provisional” para “dictar ‘Resoluciones Judiciales’ para acallar a las empresas independientes”²³⁸, perdió el control del canal justo meses antes de las elecciones presidenciales del 2000, en la que todos los canales se encontraron alineados con el partido de gobierno.

(e) Propaganda oficial

Ésta representa muchas veces una entrada muy importante para los medios de comunicación social; su uso vedado está referido a la utilización de fondos públicos para favorecer o perjudicar a algunos medios de comunicación.

Según las últimas cifras, la propaganda oficial, que ha aumentado en un porcentaje inusitado en los últimos dos años, sirve para controlar el contenido de los programas: si se es gobiernista se coloca esta propaganda, en caso contrario, no. Debe tomarse en cuenta que dentro de la gran recesión existente, las empresas han disminuido el porcentaje de su publicidad a menos de la mitad, por lo que la propaganda oficial es una fuente de ingresos envidiable para los medios de comunicación social²³⁹. Así, aunque oficialmente se ha señalado que el gobierno gastó en publicidad estatal en televisión durante 1999 nada menos que cincuenta millones de soles²⁴⁰, las cifras extraoficiales señalan que el desembolso fue más del triple²⁴¹.

b. Sanción

²³⁸ Comunicado de Prensa, 09 de noviembre de 1999. En: Diario La República. Lima, 09 de noviembre de 1999. Sección Política - A, p. 5. El hecho que motivó este comunicado es que el principal empresario televisivo en el país, tras adoptar una postura opositora, fue llevado ante un proceso judicial por los derechos de propiedad del canal, y tras una medida cautelar inaudita se dio el control provisional del mismo a terceras personas, cercanas al gobierno. Meses después en la radio de propiedad de Delgado Parker, a los pocos días de contratarse al principal periodista de oposición, se realizó un embargo sobre las máquinas de difusión de la señal, sacándose del aire a 1160. Se seguía callando al periodismo investigador del país, todo a través de medidas judiciales.

²³⁹ En este mismo sentido se expresa, Luis PÁSARA. Libertad de prensa y democracia. En: D'ORNELLAS, Manuel y otros. Libertad de prensa y democracia. Op. cit. p. 20.

²⁴⁰ Tal como lo ha manifestado el Presidente Fujimori en El Comercio. Sección A. Lima, domingo, 20 de febrero del 2000. p. 04.

²⁴¹ Según señala la Supervisora de Medios y Publicidad SAC, se ha invertido aproximadamente, de enero a octubre de 1999, una cifra cerca de dos millones de soles (exactamente 58 908 326,51 dólares norteamericanos) [En: Datos Electorales. Boletín de coyuntura electoral preparado por la Dirección de Informaciones de la Asociación Transparencia. Lima, n° 11 (nov. 1999). <http://www.transparencia.org.pe/>].

Si bien propugnamos el respeto de estos derechos, el Estado habrá de preocuparse además de otros derechos igual protegidos. Al no ser derechos absolutos, los derechos de comunicación del discurso tienen límites y si los titulares los exceden, podrán ser sancionados a través de una actividad punitiva.

Como muestra de esto, el artículo 2.7 referido a los derechos a la vida privada y honor, pone un coto a la labor de los medios de comunicación social de manera expresa, posibilitando la utilización de un derecho a la rectificación por parte de los afectados.

Ha existido una preocupación, tal como lo presentáramos al inicio de este capítulo, por cómo el Estado podrá sancionar a los periodistas, sobre todo. Por eso es tan redundante el artículo 2.4 respecto a este tema, para no repetir las circunstancias vividas en el época de los gobiernos militares de los setenta.

c. Pluralismo

La preservación de una multiplicidad de medios permitirá que el público no escuche únicamente una visión parcializada de los hechos u oiga ideas en un solo sentido, sino que deberá ofrecérsele una diversidad de planteamientos que permita crear en sí una conciencia de lo que sucede y formarse así una sólida y consciente opinión pública.

El sentido del cometido pluralista debe relacionarse con la promoción de medidas que inviten a los medios de comunicación social a presentar al público las diversas corrientes de opinión existentes en la realidad. Debe impedirse a toda costa el 'secuestro' del discurso.

Para Laporta, “[l]a sociedad política de la democracia moderna es concebida como un foro abierto al conocimiento y a la libre discusión que tiene como objetivo la conformación, a partir de los ciudadanos, de una voluntad política fruto de un consenso racional. Y para ello tiene que haber, por necesidad, una sociedad informada. Los ciudadanos que la integran son ciudadanos en su más pleno sentido cuando están investidos de un ‘derecho general a saber’ que constituye el sustrato de sus decisiones políticas”²⁴². Así, estos derechos “no sólo amparan informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas otras que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de su población”²⁴³.

Entonces, esta garantía no sólo debe estar relacionada con evitar la excesiva concentración de medios, como lo dispone nuestro Texto Constitucional en su artículo 61 *in fine*: “La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”²⁴⁴. Ello ha sido dejado en el Perú de hoy²⁴⁵.

²⁴² El derecho a informar y sus enemigos, cit. por Mecanismos de Regulación de los Medios de Comunicación. Quito: Proyecto Latinoamericano para Medios de Comunicación (Fundación Friedrich Ebert), 1997. p. 27.

²⁴³ Esto es lo que expresa Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 96, retomando los postulados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Handyside, Sentencia de 7 de diciembre de 1976; en el mismo sentido, Sentencia 62/1982 del Tribunal Constitucional español, rec. por Francisco RUBIO LLORENTE. Derechos fundamentales y principios constitucionales. Doctrina jurisprudencial. Barcelona: Ariel, 1995. p. 200.

Muy similar es lo que expresa el juez JACKSON al respecto (caso estadounidense Thomas c/ Collins, 1945): esta dualidad de derechos “no fue protegida porque los padres fundadores (de la Constitución) esperaran que su uso habría de ser siempre agradable a los investidos de autoridad o que su ejercicio siempre sería sabio, moderado o útil para la sociedad. Como yo entiendo sus intenciones, esta libertad fue protegida porque ellos no conocían otro medio por el cual los hombre libres pudieran realizar la democracia representativa”, rec. por Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos fundamentales. Op. cit. p. 79.

En este mismo sentido, Constituciones de China, artículo 41.1 (críticas y sugerencias a cualquier órgano del Estado o funcionarios) y Egipto, artículo 47 (autocrítica y la crítica constructiva son una garantía).

²⁴⁴ Algunas Constituciones también señalan solamente que los medios de comunicación social no deben ser objeto ni de monopolio ni de oligopolio: Nicaragua, artículo 68, Brasil, artículo 220.3.II.5 (ni directa ni indirectamente), Colombia, artículo 75.b (el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético), Bielorrusia, artículo 33.3 (ni por el Estado, ni asociaciones públicas o ciudadanos individuales) y Chile, artículo 19.12.a (sólo por parte del Estado). En algunas, se impide además su estatización, nacionalización o expropiación (El Salvador, artículo 6). Sobre este tema, en doctrina, Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. Aspectos constitucional de la libertad de expresión y derecho a la información. Op. cit. p. 148; Luis Guillermo DÁVILA VINUEZA y Orlando Enrique ECHEVERRÍA OVALLE. La libertad de prensa. Op. cit. pp. 269 y ss.].

Así, se “han de evitar imponer, a través de los medios de comunicación del Estado, una determinada concepción del hombre puesto que no es función suya ‘tratar de imponer una ideología por medios que desembocarían en la dictadura de los espíritus, la peor de todas’ (tal como lo señaló Pablo VI, en su Carta Apostólica *Octogesima adveniens*; 25)” [La verdad os hará libres. Instrucción Pastoral de la Conferencia Episcopal Española sobre la conciencia cristiana ante la actual situación moral de nuestra sociedad (1990). punto 58].

²⁴⁵ Tal como las cifras de Notisistem demuestran, el pluralismo sólo puede ser considerada como ‘letra muerta’. A sólo un mes de las elecciones presidenciales del país (del 01 al 21 de marzo del 2000), el monopolio informativo a favor de Fujimori era más evidente: el tiempo de aparición de éste en 90 Segundos, era de 14m. 47s. y del segundo lugar en dicho programa (San Román), de 42s.; en América Noticias, era de 11m. 02 s. y del segundo (San Román), de 2 m. 40 s.; en 24 Horas. Edición Central, era de 10m. 03s. y del segundo (Toledo), de 4m. 34s.; en Confirmado. Edición Central -del canal del Estado-, era de 49m 10s. y del segundo (Toledo), de 2m. 50s.; en ATV Noticias, de 17m. 08s. y del segundo (Toledo), de 05m. 08s.; y, en Esta noche, Noticias, era de 07m. 25s. y del segundo

Además, el Estado debe “promover [las] mejores condiciones posibles” para su ejercicio²⁴⁶. Para lograr esta medida se requerirán de medidas de tipo financiero y económico (necesitará el establecimiento de sistemas de concesión de subvenciones o ayudas a los medios de comunicación social y de la instauración de medidas *antitrust*²⁴⁷); destinadas a la protección de periodistas y de la propia profesión periodística; y, de tipo técnico (para favorecer la aparición de nuevos medios de comunicación social y nuevos servicios).

La razón de ser de una propuesta como ésta se sustenta en, como afirma Bouzat, “la búsqueda de mecanismos institucionales que garanticen el pluralismo informativo y el debate público”²⁴⁸. Una razón para ello es que esta pluralidad de fuentes es una parte del interés general por la comunicación²⁴⁹.

En la Jurisprudencia Comparada se ha propuesto una defensa férrea contra los peligros de formación de monopolios, puesto que el Estado debe asegurar un equilibrio de fuerzas para asegurar que el discurso no sea secuestrado y entregado al Estado o a las fuerzas sociales²⁵⁰.

(Andrade), de 01m. 26s.[En: Datos Electorales. Boletín de coyuntura electoral preparado por la Dirección de Informaciones de la Asociación Transparencia. Lima, n° 26 (mar. 2000). <http://www.transparencia.org.pe/>]].

²⁴⁶ Esta actividad positiva incluye “la referencia de que la prensa libre cumple una función pública en una sociedad democrática y que, por ende, el Estado debe estar interesado en la existencia de un gran número de rotativos que, en lo posible, garanticen un amplio espectro de opiniones”. Esta injerencia gubernamental no debía incluir influencia sobre la gestión y la redacción de lo publicado. Por ello, en Austria para la promoción oficial se destina un monto de 187 millones de ChA [CANCILLERÍA FEDERAL DE AUSTRIA. Austria: Hechos y Cifras. Viena: Servicio Federal de Prensa, 1992. p. 207]. Sobre el tema también revisar, Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 118; Modesto SAAVEDRA LÓPEZ. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 117; Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 106. En un sentido positivo, de competencia y pluralismo informativo, se encuentran las Constituciones de Paraguay, artículo 27 y Portugal, artículo 39.4 (garantizar en medios orientación general que respeto el pluralismo ideológico). Referido a las opiniones, Constituciones de Etiopía, artículos 29.4 (deben acomodarse opiniones diferentes) y 29.5 (así los medios sean controlados o financiados por el gobierno) y Portugal, artículos 39.2 (confrontación de diversas corrientes de opinión).

²⁴⁷ Sin embargo, medidas como éstas depende de las tradiciones jurídicas y sociales de los países: “las subvenciones que en algunos países de Europa del Norte se otorgan a los periódicos con la finalidad manifiesta de garantizar la diversidad de la prensa podrían considerarse en otras regiones del mundo, por ejemplo en Estados Unidos, como una injerencia inaceptable de los poderes públicos” [GIERSING, Martin. La Unesco y la libertad de expresión. Op. cit. p. 37]. También en este sentido, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, para quien estos derechos no incluyen la “admisión del deber de suministrar ayuda por parte del Estado” ya que los convertiría en derechos de prestación, lo cual es dogmáticamente inadmisibles [Aspectos constitucional de la libertad de expresión y derecho a la información. Op. cit. p. 147].

²⁴⁸ Libertad de expresión y estructura social: el derecho de réplica. Op. cit. p. 92. Sin embargo, aunque el Estado “dificulte la manipulación y dominación de la comunicación social, la diversidad de medios no es garantía suficiente para asegurar la racionalidad del debate público” [Ibid. p. 93]. Por eso, es importante saber qué piensan al respecto los propios periodistas, los cuales señalan: “Creemos en el cruce de ideas, en el diálogo, mas no en la imposición [...]. Creo que todos tenemos derecho a aspirar a proyectos distintos de convivencia social y casualmente de la confrontación [...] es que podremos lograr perfeccionarlos” [GRIMALDOS MÉNDEZ, Eloy. Notas sobre la libertad de expresión. En: El Panamá América. Panamá, 12 de enero de 1997. http://www.epasa.com/El_Panama_America/archive/011297/opinion2.html].

²⁴⁹ Tal como lo sostiene la Corte Constitucional italiana, rec. por Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. Las libertades informativas en la Constitución Española de 1978. Op. cit. p. 93; también, Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 111.

²⁵⁰ Decisión Fernsehem (12 BVerfGE, p. 205, 1961) y Sentencia Der Spiegel (20 BVerfGE, p. 162, 1966) del Tribunal Constitucional alemán; ambas rec. por Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 106.

2.2.2.2. Los particulares

La Convención Americana en su artículo 13.3 hace una clara mención al *drittwirkung* de los derechos de comunicación del discurso: no sólo debe evitar el control por parte del Estado sino también de los particulares.

a. El poder privado

A veces la presión económica de ciertos conglomerados de poder, influye mucho en las decisiones de las empresas periodísticas. Ante ellos también pueden protegerles los derechos de comunicación del discurso. Pero así como se salvaguardan las empresas frente a influencias dinerarias, también pueden ser ante grupos sociales, ideológicos y políticos.

Así cuando un imperio económico obliga a una empresa periodística a una línea editorial distinta a la originaria, ya que en caso contrario le retiraría la publicidad, estamos ante una afectación de estos derechos. Lo mismo sucede cuando un movimiento social constriñe a un periodista a cierta actividad contraria a su ideología.

Como parte del pensamiento institucional, se debe presentar la necesidad una estructura competitiva del mercado dentro de los derechos a la expresión y a la información. A través de ella no puede permitirse la existencia de situaciones monopólicas u oligopólicas, tal como lo podría hacer en el Perú, un organismo

como Indecopi. Es decir, existe una responsabilidad estatal en un mercado de discursos libre y abierto.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos no debería permitirse que se establezcan algún tipo de monopolios “privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista”²⁵¹. En este sentido también se ha expresado la Jurisprudencia Comparada²⁵².

Las normas nacionales también están en la misma dirección: “La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares” (artículo 61, *in fine* de la Constitución).

b. Los propietarios de los medios de comunicación social

Éstos también constituyen un destinatario idóneo de los derechos de comunicación del discurso, puesto que tanto los periodistas como los ciudadanos ejercen sus derechos frente a ellos.

Para los liberales no existe solamente una ‘libertad de prensa’ (el periodista y los medios de comunicación social frente al Estado), sino que además existe una ‘libertad en la prensa’ (el periodista frente a los medios de comunicación social)²⁵³.

²⁵¹ Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 33.

Pero no sólo el problema es del contenido clásicamente discursivo, sino también de la publicidad, la cual “ejerce una enorme influencia en la sociedad: se usa como una poderosa fuerza de persuasión, modeladora de actitudes y comportamientos en el mundo de hoy” [PONTIFICIO CONSEJO PARA LAS COMUNICACIONES SOCIALES. Ética en la Publicidad. Op. cit. p. 05].

²⁵² Como las sentencias del Tribunal Constitucional alemán: Casos Spiegel, 20 BVerfGE (1966) y Nordrhein-Westfalen, 10 BVerfGE (1959) y Primera decisión Fernsehen 12, BVerfGE (1961).

Además, debemos recordar lo expuesto por el juez HOLMES dentro de un caso de la Jurisprudencia norteamericana (Abrams c/ United State, 250 U.S. 616 -1919-) por el que “el último bien deseado se logra mejor en el libre mercado de las ideas, y que la mejor prueba de la verdad es la fuerza del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado” [rec. por Héctor FAÚNDEZ LEDESMA. La libertad de expresión. Op. cit. p. 248].

²⁵³ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique. La libertad interna de los medios privados de comunicación social. Op. cit. p. 26.

Dentro de la mal denominada 'libertad de la prensa', los periodistas ejercen un derecho específicamente frente a los medios de comunicación social, como es la cláusula de conciencia.

Además en el caso de los ciudadanos que tienen el derecho a recibir y acceder a las informaciones y opiniones, éstos pueden ejercer sus derechos frente a ellos, puesto que los propietarios tienen la obligación -y no sólo el derecho- de comunicar el discurso hacia los demás.

c. Los periodistas

Así, como son titulares adecuados de estos derechos, también aparecen como destinatarios. Conjuntamente con los propietarios tienen la obligación de comunicar el discurso que requiere el público, no de manera caprichosa, sino por su necesidad para la formación de la opinión pública.

3. El acto de concretización

A partir de esta definición general sobre los derechos involucrados, debemos encontrar la concretización de su contenido. Es decir, realizaremos el proceso por el cual ubiquemos los límites internos y externos de cada derecho.

3.1. El contenido esencial

Si bien el sustento genérico de los derechos de comunicación del discurso suele presentarse en la democracia, que ha de sustentarse, a su vez, en la propia

dignidad humana (de esta última hablaremos extendidamente en el capítulo siguiente), el soporte específico de los derechos se dará de manera distinta en cada uno de ellos: la veracidad será idónea para la información y la congruencia para la expresión.

3.1.1. Veracidad de la información

Aunque nuestro Texto Constitucional sólo habla de un derecho a la información, esto no es óbice para no requerir de ella veracidad: sólo encontrará tutela, dentro del Ordenamiento Jurídico, la información veraz.

Pero, ¿qué se entiende por verdad²⁵⁴? Creemos que la veracidad de la noticia está básicamente referida a la actitud del informador a conseguir la verdad, no lograrla plenamente. Esto es lo que se conoce como el ‘deber de diligencia’.

A veces sólo se declara a la veracidad como contenido esencial²⁵⁵, pero en la mayoría de oportunidades se va más allá y se sostiene que no se requiere una verdad objetiva, sino una diligencia debida²⁵⁶, la misma que está referida a las

²⁵⁴ Verdad en el lenguaje común es una noción que está muy cerca de la exactitud, de la correspondencia entre una idea y la realidad. La correlación entre la cosa y el concepto es fundamental de la noción verdad. Éstas son cuestiones culturales. [GUTIERREZ, Gustavo. Yo soy el camino, la verdad y la vida. En: Revista latinoamericana de Derechos Humanos. Lima, n° 2 (feb. 1989). p. 10].

²⁵⁵ En este sentido, Enrique BACIGALUPO. Colisión entre derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria. En: Debate Penal. Lima, año I, n° 3 (set. – dic. 1987). pp. 360 y ss.; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO. Libertad de expresión y derecho al honor. Op. cit. pp. 902 y ss.; Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 06; Juan José SOLOZÁBAL. Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y derecho a la información. Op. cit. 151; José Eduardo ABUSÁBAL VELARDE. El derecho a la información y el derecho a la intimidad personal. Op. cit. p. 37 (e imparcialidad); Jean LACOURTE. El periodista y su conciencia. En: El correo de la Unesco. París, mes de septiembre (1990). p. 15; José Enrique BUSTOS PUECHE. ¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor? Op. cit. p. 12; Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. Dilemas actuales de la protección de la intimidad. Op. cit. p. 27; Jordi BONET. El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 183; también, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán del caso Schmid-Spiegel, 12 BverfGE (BverfGE 12, 13, 1961), rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 36. Es más, hasta el propio Papa Juan Pablo II la requiere (XVII Jornada Mundial de Comunicaciones Sociales, cit. por Hugo OSORÍO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 90). También debemos reconocer que pese a esta falta de plasmación constitucional por parte de los nacionales, en otras Constituciones sí exige este contenido esencial para la información: veracidad de la información en Colombia, artículo 20.a (veraz e imparcial), Venezuela, artículo 58 (oportuna, veraz e imparcial), Bielorrusia, artículo 34.1 (completa, fiable y oportuna), Nicaragua, artículo 68 (veraz); además, punto 1 del Código propuesto por la Asociación Nacional de Periodistas y Federación de Periodistas del Perú [cit. por Alejandro MIRÓ QUESADA GARLAND. El periodismo. Op. cit. p. 136].

²⁵⁶ A esa conclusión llega Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 96, retomando los postulados del Tribunal Constitucional español recogida en diversas sentencias como la 51/1997, de 11 de marzo; además, José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ. Honor, intimidad e imagen. Op. cit. p. 211; Eiel BALLESTER. Derecho de respuesta. Op. cit. p. 14;

oportunas averiguaciones que deberá realizar el informador y el cumplimiento de los deberes de comprobación, pero no debemos olvidar que “el vulgo es el peor intérprete de la verdad”²⁵⁷.

A este tema se refiere la Jurisprudencia Nacional: “la libertad de información debe ser veraz y esa veracidad debe ser analizada *ex-ante*, desde la posición del informador, quien debe realizar una comprobación necesaria de la certeza de la información, es decir, ésta debe ser diligentemente investigada”²⁵⁸.

Sin embargo, lo que debe existir es una aproximación ‘razonable’ a la realidad²⁵⁹: este acercamiento lo constituye, por ejemplo, si se informa que un funcionario despilfarró en su gestión ochenta mil soles y se llega a comprobar que el derroche fue sólo de veinte mil soles (lo importante será saber que sí hubo el mencionado despilfarro). Esta acercamiento a la verdad exige que ésta sea “buscada con pasión, gustada con humildad y comunicada con sinceridad. La comunicación de la verdad se opone a la agresividad y a la improvisación o rapidez del anuncio. Hay verdades que deben ser anunciadas con realismo y dolor pero siempre con respeto y con amor. Un comunicador social debe ser un hombre apasionado de la verdad y, al mismo tiempo, veraz y verdadero. Un auténtico testigo”²⁶⁰.

Para encontrar el verdadero sentido de esta diligencia se deben tomar dos criterios²⁶¹: el carácter de la información publicada y la concreta conducta del

Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Temas de Derecho Penal. Op. cit. p. 290; Marc CARRILLO. Información e intimidación. En: El País digital. pp. 2 y 3; Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. pp. 29 y ss.; Danilo ARBILLA. La promoción y defensa de la libertad de prensa como base de la paz en América Latina. Op. cit. p. 14; Iván Fabio MEINI MÉNDEZ. Libertad de expresión y delitos contra el honor. En: Cibertextos. Revista electrónica. Lima, año 3, n° 7 (jun. 1997). punto 29; Eduardo ULIBARRI. Entre el activismo y la crítica. En: Cuadernos de CAPEL. San José, n° 36 (1992). p. 88; Aurelia María ROMERO COLOMA. Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal. Barcelona: Serlipost, 1991. pp. 16 y 17; Jorge BUSTAMANTE ALSINA. La libertad de prensa y el deber de veracidad. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, t. 1989-D (1989). pp. 513/a y ss.; José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Libertad de expresión y ley penal. En: Scribas. Revista de Derecho editada por estudiantes y egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa, año 1, n° 1 (1996). p. 158, reiterada en Prensa juzgada. Op. cit. p. 66.

²⁵⁷ SÉNECA. De la vida bendita; 2 (“*vulgus veritatis pessimus laterpres*”).

²⁵⁸ Caso Omar Rodríguez c/ Mónica Chang, sentencia del 14 de diciembre de 1998, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 96.

²⁵⁹ Por ello, PROSSER expresa que “[i]t is sufficient to show that the imputation is substantially true, or [...] to justify the ‘gits’, the ‘sting’ or the ‘substantial truth’ of the defamation” [cit. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op.c it. p. 244]. En caso contrario, como señala MUÑOZ MACHADO, existirá la “muerte de la información” [Libertad de prensa y procesos por difamación, cit. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 67].

²⁶⁰ PIRONIO, Eduardo. El primer areópago del tiempo moderno es el mundo de la comunicación – Discurso. Primer Congreso de Comunicadores Católicos (1996). <http://www.multimedios.org/bec/etexts/areopago.htm>.

Para una periodista, como lo es WAISBORD, “[e]l periodismo fiscalizador tiene la capacidad de abrir y estimular debates sobre corrupción y abusos en las democracias actuales pero difícilmente puede apropiarse de la verdad como su trofeo” [¿Nada más que la verdad? Op. cit. pp. 58 y 59].

²⁶¹ Tal como lo ha propuesto la Jurisprudencia Comparada (Sentencia del Tribunal Constitucional español 52/1996, de 26 de marzo).

sujeto informador en relación con la fuente de información. Así por más diligente que sea la investigación periodística siempre se debe utilizar el término ‘presunto’ para señalar que las conclusiones no son exclusivamente la verdad.

En fin, como señala nuestra Jurisprudencia, la objetividad periodística consiste en el intento honesto del periodista para reflejar los hechos de tal manera que se ajuste a la verdad y a la realidad²⁶². Pero finalmente lo que debe presentar un información veraz es cuatro rasgos, tal como lo precisa Desantes Guanter²⁶³: conforme con la realidad, completa, asequible por igual a todos y rápida.

El tema de la diligencia casi siempre se encuentra relacionada con el rol que cumple el comunicador social respecto a una noticia. Sin embargo cuando un particular informa, también está sujeto a la diligencia -sobre todo si tiene una posibilidad de acercamiento directo a la fuente informativa-. La base entonces será la ‘diligencia media’ exigible al profesional, pero con las consecuencias lógicas de asumir las restricciones que trae consigo el ejercicio del derecho por parte del particular²⁶⁴ (en la mayoría de los casos se tomará en cuenta la imposibilidad material de las personas de acceder a ciertas fuentes de información).

Reiteramos que sólo la información veraz merece protección constitucional. Por ello se encuentra fuera del alcance de la protección de este derecho, supuestos en los que se prescindan de la mínima verificación, se transmiten simples rumores o se señalan como ciertos hechos inventados.

²⁶² Ejecutoria Suprema 1720-87, del 18 de abril de 1988, rec. por Iván Fabio MEINI MÉNDEZ. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. punto 29.

²⁶³ Fundamentos del derecho de la información. Op. cit. p. 47.

Sin embargo, el problema es mucho más complejo. Según un psicólogo social, “[m]ientras los noticieros pugnan por mostrarnos la ‘realidad’ y por cumplir con su ‘agrado deber’ de informar, la verdad es que eso que llega a nuestros televisores ha pasado por varias manos y más de un criterio; surge entonces la crítica usual y poco imaginativa: la televisión deforma la realidad. Así, es mucho más creíble para el televidente un entrevistado con llanto que uno sin él” [MACASSI, Sandro. El trato entre los peruanos: Mirando más allá de la televisión. En: Cuestión de Estado. Tema: Lo íntimo y lo público, ¿Cómo nos tratamos los peruanos? Lima, n° 22 (mar. 1998). p. 28].

Entonces se puede sintetizar los supuestos de la falta de diligencia debida²⁶⁵: cuando se evita una labor de comprobación una vez advertida la necesidad de realizarla y siendo consciente de la contingencia de que el discurso sea inveraz; o, cuando tras realizarse los actos de comprobación, se tiene conocimiento de la alta probabilidad de que la información sea falsa, a pesar de todo lo cual actúa.

Tomando en cuenta estos criterios, Bustamante Alsina precisa dos formas de informaciones inexactas -aquellas que no coinciden con la verdad-²⁶⁶:

- i Errónea: resulta de un concepto equivocado que en la mente del informante difiere de la realidad, existe un acto inconsciente.
- ii Falsa: dada conscientemente, se hace con el intencional fin de engañar; existe mala fe.

Por lo tanto, un enunciado de hecho falso no puede merecer protección constitucional²⁶⁷, en cambio un erróneo puede tenerlo de acuerdo a las circunstancias²⁶⁸, tal como lo veremos en el Capítulo Quinto.

²⁶⁴ En este sentido discrepa ALVAREZ GARCÍA, al señalar que cuando los particulares utilizan su derecho a la información fuera de un medio de comunicación social, la exigencia del deber de diligencia para con ellos “puede resultar insoluble o, en todo caso, fuertemente atentatorio para la seguridad jurídica” [El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 104].

²⁶⁵ ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 112.

²⁶⁶ Responsabilidad civil de los órganos de prensa por informaciones inexactas. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, t. 1989-B (1989). p. 287; seguido por Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 70; Néstor Pedro SAGÚÉS. Elementos de Derecho Constitucional, cit. por Francisco EGUIGUREN PRAELI. La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. p. 66; Roberto R. LÓPEZ CABANA. Responsabilidad Civil de los Medios de Comunicación Social por la Difusión de Noticias. En: Themis – Revista de Derecho. Segunda Época. Publicación editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, n° 26 (1993). p. 114.

Para evitar ello, según los propios periodistas, debemos acudir a un proceso de perennización, que evite que la comunicación del discurso pueda trivializar, situar, naturalizar o fetichizar la noticia [FAUNDES, Juan Jorge. Una perspectiva estratégica y compleja del periodismo latinoamericano. Op. cit. p. 28], o prescindir de la fragmentación, espectacularización y figuratividad de la noticia [BADRÁN, Pedro. La corrupción de la misión periodística. En: Diálogos de la comunicación. Revista teórica de la Federación Latinoamericana de las Facultades de Comunicación Social. Lima, n° 48 (oct. 1997). pp. 75 y 76].

²⁶⁷ Caso Gertz c/ Robert Welch Inc. (418 US 323 (1974)): “*false statements of fact harm both the subject of falsehood and the readers of the statement*”.

Para ESPÍN, la Jurisprudencia debe fijar diversos criterios para delimitar esta veracidad respecto a la fuente que procede la información, a que se explicita dicha fuente y se ponga la información en boca de ésta, a que esté en juego de forma simultánea el derecho a la crítica cuando se trata de personas de actividad pública, a que la información sea o no difamatoria *prima facie*, a que el medio tenga indicios o conocimiento por cualquier otra vía de la inexactitud de la información y a que pueda suponerse razonablemente que la información acarree peligro para personas o bienes materiales [Los derechos de la esfera personal. Op. cit. pp. 230 y 231].

²⁶⁸ Para ZAFFARONI, “[n]o debe ser punible por la gran cantidad de noticias que no son exactas y la falta de precisión de los textos legales hace difícil su tratamiento penal. Se debe permitir la reglamentación y la existencia del derecho de réplica” [Las limitaciones a la libertad de prensa utilizando el poder punitivo formal en América Latina. En: ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Justicia Penal y Libertad de Prensa. Op. cit. p. 16].

Otro hecho que merece nuestra especial atención es el referido a la ubicación de la noticia en el contexto adecuado, tema íntimamente relacionado con la prohibición de dar una ‘verdad a medias’.

Para consolidar esta obligación para los informantes, la Unesco realizó un listado de los Principios básicos de la ética del periodismo estando destinado el II, a la adhesión del periodista a la realidad objetiva, según la cual su tarea primordial “es la de servir el derecho a una información verídica y auténtica por la adhesión honesta a la realidad objetiva, situando conscientemente los hechos su contexto adecuado, manifestando sus relaciones esenciales sin que ello entrañe distorsiones”²⁶⁹. Como vemos se impone un requerimiento no planteado antes: ubicar la información en el contexto apropiado. Por ello, se ha de exigir al periodista que no desinforme al público²⁷⁰.

Un claro ejemplo sobre este tópico: dos personas realizan una carrera, en la cual A gana; el perdedor B testifica el resultado final a terceros, quienes no sabían que la competencia era sólo entre dos: “yo quedé segundo, y A, penúltimo”. No mintió pero tampoco dijo ‘una verdad completa’. De estas artimañas los periodistas suelen sacar muy buenos resultados a la hora de informar, lo cual tampoco merece una protección constitucional, puesto que vulnera la objetividad de la noticia. Para ello, se debe requerir “el abordaje de los nexos causales entre hechos o situaciones” para que exista “necesariamente la participación de juicios interpretativos o valorativos por parte del enunciador”²⁷¹.

²⁶⁹ Dada en París, 20 de noviembre de 1983.

Además, DE MARTINI señala que el respeto por el derecho a la información sólo debe darse “en el sentido de que ésta deba tener en cuenta y respetar toda la verdad y/o todas las verdades” [*Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale*, cit. por Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 212].

Por ello, se concluye que la información posee dos requisitos fundamentales: que sea adecuada y oportuna, y que sea utilizada de manera eficaz (Informe M^c Bride). Además, no se debe “prescindir, asimismo, del contexto general en el que se incluye una concreta noticia, ya que éste constituye una circunstancia relevante para quien recibe la información [...], y, por ello debe ser tenido en cuenta por quien la comunica” [Sentencia del Tribunal Constitucional español 219/1996, rec. por Fernando HERRERO-TEJEDOR. Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Op. cit. p. 172].

²⁷⁰ En una Constitución se impide expresamente la desinformación (Lituania, artículo 25.4).

²⁷¹ JORGE, Lilia. El futuro de la prensa, desde la historia. Op. cit. p. 43.

De esta manera hemos podido comprender el significado de la veracidad de la información: como diligencia debida del informante, expresando su discurso dentro de un contexto determinado.

Antes de pasar a analizar el contenido esencial de la expresión, diremos que existen supuestos específicos en que el deber de diligencia es especial. Así, nos encontramos con los casos del reportaje neutral²⁷², cartas al director o fuentes indeterminadas. Lógicamente aquí estamos ante la posibilidad de ejercicio del derecho a la información por parte de los medios de comunicación social. Del primero y del último nos referiremos más adelante.

Con respecto a las fuentes indeterminadas, se debe afirmar que es imposible que los periodistas sustenten el ejercicio de este derecho en fuentes anónimas o genéricas²⁷³. Se debe tomar como una falta grave del deber de diligencia.

3.1.2. La congruencia de la expresión

Con respecto al derecho a la expresión, se requiere que cualquier discurso vertido sea imprescindible para cumplir el objetivo de que la colectividad conozca el punto de vista personal del emisor. No debe ir más allá.

Este requisito pone de manifiesto la diferencia existente entre expresión e información, puesto que esta última requiere de veracidad y no de congruencia.

²⁷² Un caso muy común de este tipo, relacionado con terrorismo, es el de Johny Pezo, quien fuera obligado por los miembros del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) a leer un comunicado bajo amenazas de muerte, aunque en plena emisión del mensaje el periodista informaba acerca de que hacía esto en contra de su voluntad. Cuando abandonaba la radio, la Policía Nacional lo detenía bajo el cargo de apología de terrorismo. Ante ello el Instituto de Prensa y Sociedad –IPYS– intervino, logrando la liberación del periodista [RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESION. Informe Especial del Relator. Op. cit. p. 12].

En un sentido similar, la sentencia 159/1986, de 12 de diciembre, del Tribunal Constitucional español, Caso Dario Egin, rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 92; Rafael REBOLLO VARGAS. Aproximación a la jurisprudencia constitucional. Op. cit. pp. 91 y ss.

²⁷³ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. El derecho al honor y las libertad de información y expresión. Op. cit. p. 108.

Este tema se encuentra íntimamente relacionado con los criterios que estudiaremos en el Capítulo Quinto, en especial el de necesidad.

Un motivo del tratamiento a veces errado respecto a la expresión surge de que se le exige el requisito de la veracidad. Sin embargo, es imposible probar la realidad de este discurso puesto que una idea nunca puede ser objeto de este examen.

Se ha señalado que “los juicios de valor son un elemento fundamental de la libertad de prensa, y la imposibilidad de probarlos es inherente a ellos”, por lo que corresponde revisar respecto a ellos es “la falta de razonabilidad y desmesura en el ejercicio de la crítica”²⁷⁴, en un sentido de proporcionalidad entre el mensaje y el discurso expresivo emitido²⁷⁵. Por eso, para Madlener, “[e]n lo que hace a la expresión no cabe duda de que cualquier opinión, aunque no sea sensata, está amparada constitucionalmente. La libertad de prensa no protege solamente las opiniones autorizadas, sino cualquier juicio del ciudadano, aun cuando sea tonto, erróneo o sin fundamento”²⁷⁶. Es decir, “las opiniones deben tomar la forma de crítica ponderada, de modo que quedan fuera de dicha protección en caso de tener un carácter *inmoderado, indecente y ofensivo*”²⁷⁷.

Un buen ejemplo de esto nos brinda Bacigalupo: “no se debe tener por justificada, la injuria producida [...] a una persona a la que se señala en la prensa con nombre y apellido si ello no resultaba necesario para el ejercicio del derecho”²⁷⁸. Cuando existe una expresión basada en información, se deberá estudiar si existe o no, nexos causal suficiente entre aquélla y ésta. Estas expresiones no podrán estribar en insinuaciones manifiestamente injuriosas que sean innecesarias para la transmisión de lo que se quiere exponer. O como señala Peña Cabrera, el único análisis respecto a la emisión de juicios y opiniones debe centrarse en si son

²⁷⁴ Comisión Europea. Informe en el caso Lingens, formulado el 11 de octubre de 1984, rec. por Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 111.

En un sentido similar, Elvira LÓPEZ DÍAZ. El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina. Madrid: Dykinson, 1996. p. 133; José Enrique BUSTOS PUECHE. ¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor? Op. cit. p. 12; José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 64.

²⁷⁵ MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. punto 31.

Es decir, lo que buscamos es impedir la existencia de un insulto ultrajante [ESTRADA ALONSO, Eduardo. El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo. Madrid: Civitas, 1989. p. 147].

²⁷⁶ Justicia penal y libertad de prensa. Informe sobre Alemania. En: ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Justicia Penal y Libertad de Prensa. Op. cit. p. 405.

²⁷⁷ FLORIS MARGADANT, Guillermo. La libertad de imprenta en el Constitucionalismo Norteamericano y el Mexicano. Op. cit. p. 1133.

fundados o no²⁷⁹. Lo que debe claro entonces que la expresión nunca es susceptible de ser probada.

Por lo tanto, lo que debe quedar fuera de la protección del derecho a la expresión es la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, en cuanto que éstos no sólo son innecesarios para la labor comunicativa o de formación de la opinión, sino que además y principalmente, suponen un daño injustificado a la dignidad de las personas.

3.2. El contenido accidental

Mientras algunos han propuesto que los derechos de comunicación del discurso no deben ser limitados, la realidad de éstos al ser considerados como derechos fundamentales es que tienen carácter de restringidos. Estos contornos permiten que se definan correctamente el contenido de ambos derechos, en concordancia del resto de la Norma Fundamental y conjugándolos con todo el cuerpo constitucional.

Para Duchacek, se pueden presentar tres posturas respecto al carácter de los derechos a la expresión y a la información²⁸⁰:

- i Absolutista²⁸¹: según ésta, en una sociedad libre, tiene que ser libre en todos los aspectos de discurso y no puede ser limitado.
- ii Maximalista: se diferencia el discurso político y el de otra índole; para el primero la protección debe ser absoluta, para el segundo, limitada.

²⁷⁸ Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria. Op. cit. p. 363.

²⁷⁹ Tratado de Derecho Penal. Op. cit. t. I, p. 342.

²⁸⁰ Derechos y Libertades en el Mundo actual, cit. por Juan MORALES GODO. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 68.

²⁸¹ O 'full protection theory', según T. S. VIVES ANTÓN. Delitos contra el honor. Op. cit. p. 682.

iii Relativista: estos derechos se presentan como limitados; siempre están supeditado a valores sociales y jurídicos.

Tal como ya lo afirmáramos, debemos acogernos a un planteamiento relativista, puesto que los otros dos se encuentran reñidos con la teoría moderna de los derechos fundamentales.

Esta limitación de los derechos de comunicación del discurso fue reconocida hace casi doscientos, cuando Simón Bolívar señalaba que “el derecho a expresar sus pensamientos y opiniones, de palabra, por escrito o de cualquier otro modo, es el primero y más inestimable don de la naturaleza. Ni aun la ley misma podrá jamás prohibirlo, y sólo podrá señalarse justos términos, haciendo responsable de sus escritos y palabras, y aplicando penas proporcionadas a los que lo ejercieren silenciosamente en perjuicio de la tranquilidad pública, de la vida, honor, estimación y propiedad de cualquier ciudadano”²⁸².

La determinación de este contorno se debe realizar asumiendo el interés de la población en conocer sobre lo que ocurre en la sociedad. Y esto lo realizaremos, no según se refiera a su contenido material o formal, sino desde dos perspectivas: de los clásicos límites y la debida diferenciación con otros derechos (y bienes jurídicamente tutelados).

Pero para encontrar estos bienes y derechos con los que se deben formar el contenido de la expresión y la información nos será de mucha utilidad, aparte de la Constitución, el planteamiento de las normas internacionales (artículo 20 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el 13 de la Convención Americana).

Como ya señalamos, no nos centraremos en los dos ámbitos que presentan los límites²⁸³: el material (para tutelar el sentido propio de los derechos) y el formal

²⁸² Cit. por Juan MORALES GODÓ. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 192.

²⁸³ Para NIMMER existen dos tipos de limitaciones: las *antispeech restrictions*: limitaciones directamente dirigidas contra la expresión y las *non speech restrictions*: sólo sobre la forma; el anterior es frente al contenido [*Nimmer on Freedom of Speech*, cit. por Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ. La libertad de expresión. Op. cit. pp. 36 y 37].

(respecto al control del *time, place and manner*)²⁸⁴. Por eso, a partir de las próximas líneas, nosotros haremos una diferenciación basada en los clásicos límites a los derechos de la comunicación del discurso y aquellos derechos y bienes que deben distinguirse de la expresión y la información. Con los primeros - en los que se incluyen los dos ámbitos mostrados- reconoceremos a los derechos que constantemente pueden verse vulnerados por o vulnerar a la comunicación del discurso. Los segundos, por su parte, se refieren a los derechos que tienen un objeto de protección muy similar a éstos, pero que deben ser diferenciados.

3.2.1. Los clásicos límites

Entre estos derechos podemos descubrir fácilmente cuáles son los vulnerables por parte de los derechos de comunicación del discurso.

Un buen ejemplo de cómo se conciben estos límites son los puntos 5 y 6 del Código del periodista propuesto por la Asociación Nacional de Periodistas y Federación de Periodistas del Perú²⁸⁵. Esta autorregulación no coercitiva nos presenta el interés existente en los profesionales de los medios de comunicación social de controlar su actividad. El 5 nos dice que no se debe “injuriar, ni difamar, no calumniar o lastimar el honor de las personas”. El 6 que se debe “combatir todo género de obscenidad, pornografía o publicación degradante, gráfica o hablada,

Además, para MARSHALL, lo que existe son ‘limitaciones legítimas’ a los derechos de comunicación del discurso. Por eso plantea una diversidad de estos límites, más de veinte, entre los que destacan: prevención del libelo sedicioso, blasfemia, rehabilitación de condenados, mantenimiento de la imparcialidad de los servicios públicos, protección de los privilegios parlamentarios, prevención del fraude y equívocas provocadas y protección del medio ambiente contra el ruido, los residuos o molestias [Declaración de derechos: Problemas básicos (III) Libertad de expresión. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, n° 7 (may. -ago. 1989). pp. 234 y 235].

²⁸⁴ Un ejemplo muy claro de este tema lo puede dar el sistema electoral. Dentro de la Ley Orgánica Electoral (Ley n° 26337, 1994), se han puesto diversas reglas sobre cómo difundir la información.

Una restricción de lugar: Se podrá “fijar, pegar o dibujar [...] carteles o avisos en predios de dominio público” pero con “previa autorización del órgano representativo de la entidad propietaria de dicho predio” (artículo 202.6). Una de modo: “Queda prohibido, como forma de propaganda política, el empleo de pintura en las calzadas, fachadas y muros de predios públicos y privados, la propaganda sonora difundida desde el espacio aéreo y la propaganda por altoparlantes” (artículo 203). Una de tiempo: “Durante las horas en que se realizan las elecciones, no podrán efectuarse espectáculos populares al aire libre ni en recintos cerrados ni funciones teatrales, cinematográficas, circenses ni reuniones públicas de ninguna clase” (artículo 196). Otra más de tiempo: “Desde veinticuatro (24) horas antes del día señalado para las elecciones se suspenderá toda clase de propaganda política. Desde dos (2) días antes de las elecciones no podrán efectuarse reuniones o manifestaciones públicas de carácter político. La publicación o difusión de encuestas y proyecciones de cualquier naturaleza, sobre los resultados de las elecciones, a través de los medios de comunicación, sólo podrá efectuarse hasta 15 días antes de la elección” (artículo 206). Una de modo y tiempo a la vez: Aunque los “partidos políticos, los candidatos independientes, y las alianzas, sin necesidad de permiso de autoridad política o municipal y sin pago de arbitrio alguno, podrán instalar en dichas casas políticas, altoparlantes”, éstos sólo “podrán funcionar entre las ocho de la mañana y las ocho de la noche” pero además corresponde a “la autoridad regular la máxima intensidad con que puedan funcionar dichos altoparlantes” (artículo 202.2). Una de contenido: “La propaganda electoral deberá hacerse dentro de los límites que señalan las leyes y las buenas costumbres” (artículo 200).

²⁸⁵ Cit. por Alejandro MIRÓ QUESADA GARLAND. El periodismo. Op. cit. p. 136.

escrita, televisada o radiodifundida, en salvaguarda de la salud espiritual colectiva”.

Además, en una Jurisprudencia Nacional se ha señalado que “la prensa tiene derecho a publicar informaciones, expresar ideas, formular juicios y apreciaciones críticas, siempre que no transgreda el respeto a la ley, la moral, la verdad de los hechos y el honor e intimidad personales”²⁸⁶. En idéntica línea, la Comisión Interamericana, la misma que ha señalado que “los discursos con críticas a los objetivos del Estado [...] aunque no estén vinculados con otras acciones, pueden ser prohibidos”²⁸⁷.

a. Tutela del Estado

Un tema especialmente relevante con respecto a los derechos de comunicación del discurso está referido a no poner en riesgo cualquiera de los estamentos del Poder Público.

El propio Estado está obligado a defender su soberanía, garantizar la plena vigencia de los derechos de su población, así como su seguridad y su bienestar general (artículo 44 de la Constitución). Por ello es que ni la expresión ni la información pueden atentar contra esta responsabilidad que compromete al Estado y a la Nación.

Sin embargo, este deber del Estado no debe ser impedimento para que se coloquen cortapisas al ejercicio de estos derechos, tal como lo que sucediera en un caso de Jurisprudencia Nacional, cuando dos militares en retiro emitieron simples comentarios castrenses sobre cómo el Perú había llevado adelante el Conflicto del

²⁸⁶ Caso Nancy Aracelly Quiroz Ocas de Guevara c/ Herless Salvador Carrión Portilla y Luis Henry Guillermo Gamarra, Juez Penal de Guadalupe, sentencia del 05 de octubre de 1998, rec. por José Carlos UGÁZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 92; en la misma línea, Manuel Velorio Clark c/ Alfonso Baella Tuesta, Sentencia de la Corte Suprema, Expediente 311/76, Procede de Lima, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1997. 3ª ed. (corr. y aum.). p. 157.

²⁸⁷ Informe Cuba (9183). p. 46, párr. 38 y 39.

Cenepa, frente a Ecuador, y por ello fueron juzgados y sentenciados en el fuero militar como traidores a la patria²⁸⁸.

Se han propuesto varias formas de proteger la entidad estatal. Entre ellas podemos encontrar el mantenimiento de la seguridad nacional, la preservación del orden, la protección de la correcta administración de justicia y la salvaguardia de la limpieza electoral. Cada una de estas formas pueden ser encontradas en el propio Texto Constitucional y presentadas explícitamente como límites a la comunicación del discurso dentro de los instrumentos internacionales.

En general, lo que se intenta salvaguardar es el Orden Constitucional (según Constituciones de Chipre, artículo 19.3, Kazakstán, artículo 20.3 y Lituania, artículo 25.3), protegiéndose los intereses del Estado (Libia, artículo 13: interés público y los principios de la Revolución) e impidiéndose un daño a éste (Constitución de Arabia, artículo X) con la consecuente defensa de los derechos democráticos de la población (Etiopía, artículo 29.6).

(a) Seguridad nacional

A través de ella se intenta sostener el régimen democrático, evitando todo acto que ponga en riesgo la existencia del sistema gubernamental de un país. Su protección fluye del propio artículo 44 de la Constitución²⁸⁹.

²⁸⁸ Caso Estado Peruano c/ Generales (r) Carlos Mauricio y Walter Ledesma y del Capitán de Navío (r) Luis Mellet, rec. por Enrique BERNALES BALLESTEROS. La Constitución de 1993. Op. cit. pp. 99 y 100; José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 52.

Además en este caso se vulneró el debido proceso de estas personas puesto que al ser militares en retiro no era competente el fuero militar para conocer su caso.

²⁸⁹ En otras Constituciones es más específica la referencia de este bien como límite de los derechos de comunicación del discurso: casos de Chipre, artículo 19.3 (seguridad del Estado), Dominica, artículo 10, Jamaica, artículo 22.2, Omán, artículo 31, Bahamas, artículo 15, Bangladesh, artículo 39.2, Barbados, 20.2.a, Bulgaria, artículo 41.1, Camboya, artículo 41, Panamá, artículo 37 y Kazakstán, artículo 20.3. Además, artículo 10.2 del Convenio Europeo.

En la Comisión Europea se ha señalado que los derechos de comunicación del discurso encuentran en la seguridad nacional un aspecto necesario a tomar en cuenta [*Décision de la Commission dans l'affaire X contre Autriche du décembre 1963, Requête n° 1747/62*, rec. por CONSEIL DE L'EUROPE. *Jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des droits de l'homme sur le problème du discours incitant à la haine raciale et à la xenophobie. Note d'information* - H (95) 4, del 16 de febrero de 1995 [s:/h_docs/h95_4f]. Estraburgo: *Direction des Droits de l'Homme*, 1995. Op. cit. p. 03].

Justamente en este punto debe revisarse un tema como es el de los secretos oficiales -o de Estado-. Así en el artículo 2.5 *in fine* se señala que se puede exceptuar de brindar informaciones que se excluyan “por razones de seguridad nacional”²⁹⁰. Esta norma a nuestro entender es demasiado abierta y debería ponerse un tope para considerar un informe como confidencial, tal como sucede en otros países (30 años).

Según la Jurisprudencia Comparada, los jueces podrán revisar la decisión del Ejecutivo de clasificar un documento como secreto, pero dando un peso substancial a la opinión de la Administración²⁹¹.

(b) Orden público

No sólo ha de ser entendido como orden de todo el país -ya sea interno o externo-, sino también sobre el que debe reinar dentro de un grupo social particularizado que tiene incidencia directa sobre el orden del país²⁹².

Orden público es para la Comisión Americana “las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”²⁹³.

(c) Garantía de la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial

A lo que se refiere este bien jurídico es a “la salvaguarda de los derechos de las partes litigantes y por ello mismo se conecta íntimamente con esa otra excepción relativa a ‘la protección de los derechos ajenos’”²⁹⁴.

²⁹⁰ A veces también los organismos estatales en la necesidad de mantener esta confidencialidad ha excedido las funciones de los medios de comunicación social, tal como sucediera con la actividad periodística en la cobertura de la toma de la embajada de Japón por parte del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (detenciones breves de camarógrafos de los canales NTV de Japón y de Frecuencia Latina) [MEJÍA ALARCÓN, Roberto. El periodismo tiene mucho que decir. En: FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE PERIODISTAS. El periodismo tiene mucho que decir. Op. cit. pp. 07 y 08].

Este tema también es tratado en el Constitucionalismo Comparado: Jamaica, artículo 22.2, Mongolia, artículo 16.17, Estonia, artículo 45.1 (sobre todo en secretos comerciales).

²⁹¹ Sentencia del caso norteamericano Ray c/ Turner (1978).

²⁹² Caso König, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 10 de marzo de 1980, cit por Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 108.

Además este tema aparece en las Constituciones de Dominica, artículo 10, Jamaica, artículo 22.2, México, artículo 6, Mongolia, artículo 16.17, Bahamas, artículo 15, Bangladesh, artículo 39.2, Barbados, 20.2.a, Bulgaria, artículo 41.1, Camboya, artículo 41, Panamá, artículo 37, República Eslovaca, artículo 24.4, El Salvador, artículo 6 y Estonia, artículo 45.1.

²⁹³ Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 64.

²⁹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 114

Esta restricción se encuentra en relación con los artículos 139.2 y 139.4 de la Constitución²⁹⁵, puesto que si de un lado existe publicidad de los procesos, de otro, existe independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Entonces si bien los medios de comunicación social pueden informar y opinar sobre diversos procesos, no pueden tratar de entrometerse en el momento de impartir justicia.

Sin embargo, se debe decir que el propio 139.4 agrega que “los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos”²⁹⁶.

(d) Igualdad en los procesos electorales

En general, los derechos de comunicación del discurso deben procurar la realización efectiva de unas elecciones limpias²⁹⁷. Entonces, si bien existe, dentro del supuesto de hecho de difusión del discurso, la posibilidad de la no-divulgación, dentro de los períodos electores, todos los medios de comunicación social dedicados a temas de índole político, deben asegurar igualdad de oportunidades a las opciones de gobierno²⁹⁸.

Esto se encuentra sustentado en el derecho de toda la ciudadanía de conocer las propuestas de las diferentes agrupaciones como el hecho de que “[e]l sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos [...]” (artículo 176 de la Constitución).

²⁹⁵ Más específico en el caso de las Constituciones de Chipre, artículo 19.3 (para mantener la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial), Jamaica, artículo 22.2, Bangladesh, artículo 39.2 y Estonia, artículo 45.1, y Convenio Europeo, artículo 10.2.

²⁹⁶ Así, dentro del caso Remigio Morales Bermúdez Pedraglio c/ Luis Felipe Angell de Lama (Primera Sala Penal de la Corte Suprema, Ejecutoria Suprema del 09 de febrero de 1989. Expediente nº 497-88, Procedo de Lima. Delito de injuria), se ha determinado que si bien “la publicidad de un juzgamiento se puede dar con las publicaciones que sobre el caso realizan los órganos de la prensa hablada, televisada o escrita, la lectura de una sentencia no puede realizarse en el domicilio del encausado”.

²⁹⁷ Se presenta su capacidad para coadyuvar el proceso electoral en la Constitución de Portugal, artículos 40.1 (*tempos* de antena) y 40.2 (durante época de elecciones emisiones regulares y equitativas de candidatos).

²⁹⁸ BONET, Jordi. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 67; seguido por Geoffrey MARSHALL. Declaración de derechos. Op. cit. p. 235.

En la misma orientación, la Constitución de El Salvador, artículo 6 (los medios de comunicación social no podrán establecer tarifas distintas o hacer cualquier otro tipo de discriminación por el carácter político o religioso de lo que se publique).

Sin embargo, haremos algunas precisiones sobre este tema. Nuestra Norma Fundamental, a los partidos políticos se les reconoce únicamente “el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general” (artículo 35 *in fine*)²⁹⁹. Dicha norma por más que sea parte del Texto Constitucional, para algunos debe considerarse como anticonstitucional, puesto que vulnera la igualdad de los partidos políticos y el derecho de acceso a la información por parte de los particulares. Y es que “la apropiación de un partido político, aunque sea el que haya recibido un apoyo mayoritario en las elecciones, de los instrumentos predominantes de formación de la opinión pública –de los medios de comunicación y, significativamente, de las televisiones–, al servicio, como es lógico que suceda y siempre ocurre así, de los intereses de este partido, chocaría con las exigencias constitucionales”³⁰⁰.

Dejando de lado los medios de comunicación social del Estado, algo similar está sucediendo en los privados, sino tan sólo recordemos nuevamente las últimas elecciones³⁰¹. Sin embargo, podemos encontrar una Jurisprudencia Comparada en la que si bien existe, en principio, equivalencia de oportunidades de los candidatos para aparecer en los medios de comunicación social, cualquier tipo de desigualdad debe basarse en un apoyo razonable³⁰².

b. Problemas nacionales

²⁹⁹ En el mismo sentido, Ley Orgánica Electoral, artículo 59.

³⁰⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 128.

³⁰¹ Han concluido diversas instituciones que las últimas elecciones presidenciales en el país no han sido, por decir lo menos, legítimas. En este sentido, el organismo de supervisión electoral (Defensoría del Pueblo), los de observación acreditados nacional (Asociación Civil Transparencia) o internacional (Misión Stein de la OEA, Centro Carter y el Instituto Nacional Demócrata) y los no acreditados (Instituto de Defensa Legal y el Electoral Reform International Services inglés). Por ello, reiteramos nuestra conclusión al respecto: “el daño en el derecho fundamental a la información dentro del pasado proceso electoral así como este mismo, ha sido irreparable” y es que a “todos nosotros se nos ha tapado los ojos ante la realidad y no hemos podido ver la luz de la verdad. La mayoría de peruanos nos hemos convertido, en palabras de Saramago, en ciegos que, viendo, no ven” [Perú, televisión con futuro. Op. cit. p. 43].

³⁰² Los hechos revelan que una red de cinco canales de televisión locales (AETN) suele realizar en el Estado de Arkansas, Estados Unidos, varios debates para que la población esté enterada de sus posibles representantes. Uno de ellos fue fijado para el 22 de octubre de 1992, que iba a contar con los candidatos de los partidos Republicano y Demócrata, quienes estuvieron invitados de antemano. En el interín, el organismo electoral aceptó la participación de Ralph Forbes, quien inmediatamente (el 24 de agosto) solicitó a AETN su inclusión en el debate, petición que fue negada por el director de la entidad organizadora explicando que “los espectadores se servirían mejor limitando el debate a los ya invitados”, tomando en cuenta, además, la baja performance del peticionario en anteriores contiendas electorales. Tras analizar lo sucedido, la Corte Suprema norteamericana no dio la razón al recurrente arguyendo que “[t]he broadcaster’s decision to exclude Forbes was a reasonable, viewpoint-neutral exercise of journalistic discretion consistent with the First Amendment” [Caso Ralph Forbes c/ Arkansas Educational Television Commission, Sentencia n° 96-779, del 18 de mayo de 1998, rec. por <http://www.tjcenter.org/>].

Lo que se busca en este punto es que la sociedad sea protegida en su conjunto y en sus necesidades primordiales a través del conjunto de derechos fundamentales.

Un caso paradigmático de este aspecto es que a través de los derechos de comunicación del discurso no se impida la cesión de servicios públicos a la población, como puede ser el de la salud³⁰³.

c. Protección de la moral

Si bien la mayoría de los bienes jurídicos constitucionales mostrados son conceptos jurídicos indeterminados, especialmente lo es el término de la moral. Sin embargo estamos de acuerdo en que un discurso (sobre todo, la información, cuando por ejemplo, se publica una fotografía obscena, aunque también la expresión cuando se refiere a frases hirientes al público) no pueda sobrepasar ciertos límites de decencia y pudor que se presentan en la colectividad.

Aunque para el Comité de Derechos Humanos “tanto el concepto como el contenido de ‘moral pública’ a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 19, son relativos y cambiantes”³⁰⁴, la protección de este bien suele referirse al *ethos* moral de la sociedad en su conjunto³⁰⁵, pero también puede ser extendida a la protección de estándares éticos de una fracción concreta de ella.

Creemos que el legislador debió ser más explícito acerca de la moral como límite de los derechos de comunicación del discurso como lo ha sido con respecto del derecho a la creencia (“[e]l ejercicio público de todas las confesiones es libre

³⁰³ Esto se puede ver claramente en Ordenamientos de otros países. Así, las Constituciones de Chipre, artículo 19.3, Dominica, artículo 10, Jamaica, artículo 22.2, Bahamas, artículo 15, Barbados, 20.2.a, Bulgaria, artículo 41.1, Costa Rica, artículo 28, República Eslovaca, artículo 24.4, Estonia, artículo 45.1 y Lituania, artículo 25.3. También, artículo 10.2 del Convenio Europeo.

³⁰⁴ Caso Hertzberg c/ Finlandia, párr. 10.3 y 11, rec. por Daniel O'DONNELL. Protección internacional de los derechos humanos. Op. cit. p. 253.

siempre que no ofenda la moral”, artículo 2.3). Si bien esto no ha sucedido en nuestro país, sí en otros³⁰⁶.

Pero, un límite como éste no debe impedir la existencia de expresión e información sino básicamente estará encaminada a controlar su comunicación ya sea en la forma, el tiempo y el modo. Una clara muestra de esto lo podemos encontrar con respecto a la publicación de revistas pornográficas: aún cuando no puede prohibirse su emisión, sí puede hacerse restringirse su exhibición y el tipo de ventas.

d. Protección de la propiedad intelectual y de los consumidores

Cuando alguien comunica un discurso, no siempre puede manifestar lo que desee. Un caso muy singular sobre este tema es el referido a que nadie tiene el suficiente derecho como para repetir lo señalado por otro como si fuera suyo.

En este caso lo que se propicia es el reconocimiento del autor de determinada obra y del aprovechamiento pecuniario que podría obtener el causante del plagio³⁰⁷.

Además según la Constitución, dentro de los cánones del libre mercado, el Estado debe defender el interés de los consumidores. Se ha de evitar que toda información publicitaria que se brinde al público sea nociva o que se presenten productos perjudiciales.

³⁰⁵ Debemos considerar que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 22 de octubre de 1981, caso Dudgeon) la protección de la moral equivale a la “protección de los derechos y libertades de los demás” [rec. por Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 110].

³⁰⁶ Constituciones de Chipre, artículo 19.3, Dominica, artículo 10, República Dominicana, artículo 8.6, Jamaica, artículo 22.2, México, artículos 6 y 7, Bahamas, artículo 15, Bangladesh, artículo 39.2, Barbados, 20.2.a, Bulgaria, artículo 41.1, Guatemala, artículo 35, Camboya, artículo 41 (buenas tradiciones), Costa Rica, artículo 28, Korea del Sur, artículo 21.4, República Eslovaca, artículo 24.4, Etiopía, artículo 29.6, El Salvador, artículo 6, Estonia, artículo 45.1 y Lituania, artículo 25.3.

³⁰⁷ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. La libertad de expresión. Op. cit. p. 279.

Es muy claro, en este sentido, el artículo 65 de la Constitución referido a los consumidores, según el cual se “garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado”³⁰⁸.

e. Protección de sectores especiales de la población

La comunicación del discurso se encuentra relacionada con la imposibilidad de crear diferencias entre las personas, aunque va más allá. Este límite nos invita a reflexionar sobre el respeto a determinados sectores sociales que merecen una tutela especial.

Por eso algunas Constituciones nacionales se han preocupado dejar en claro el respeto de la infancia³⁰⁹ en conjunción con la juventud³¹⁰, o de grupos como los de analfabetos³¹¹. Los primeros por su imposibilidad de competir frente a los adultos, en igualdad de condiciones materiales y de capacidad civil, y los segundos por su falta de perspectiva completa de la realidad, al no tener acceso a todas las fuentes informativas, tal como lo podrían tener los que responden a un mayor grado cultural.

f. Proscripción de proselitismo de la guerra y el odio nacional

Al afirmarse que se encuentra prohibida toda propaganda a favor de la guerra³¹² y toda apología del odio nacional, racial o religioso, incitando a la discriminación,

³⁰⁸ Más claras aún, las Constituciones de Liberia, artículo 15.e (se prohíbe la publicidad falsa e infracción de propiedad literaria), Paraguay, artículo 27 (estos derechos no pueden afectar al consumidor).

³⁰⁹ Constituciones de Alemania, artículo 5.2 y de Finlandia, sección 10.1.
También revisar el caso estadounidense *Reno c/ ACLU*, rec. por Juan Antonio TRAVIESO. La libertad de expresión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 897 (sobre la protección de los menores en la posibilidad de realizar acciones indecentes o pornográficas en internet).

³¹⁰ Constituciones de España, artículo 20.4, Venezuela, artículo 58 (derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral), Paraguay, artículo 27 y Honduras, artículo 75 (aunque como límite a la censura previa).

³¹¹ Constitución de Paraguay, artículo 27.

³¹² Constituciones de Venezuela, artículo 57, México, artículo 7 (búsqueda de paz pública), Mongolia, artículo 16.17 (preservar defensa nacional), Bangladesh, artículo 39.2 (mantener relaciones amistosas con los Estados extranjeros), Kazakstán, artículo 20.3, Etiopía, artículo 29.6 (búsqueda de paz).

hostilización o violencia³¹³, se busca impedir que se cree conmoción social, que los medios de comunicación social sean portavoces de una animadversión entre los seres humanos, y provoquen situaciones de violencia, tanto desde el punto de vista físico -la guerra- como moral -discriminación, odio o violencia-

Esto encuentra su sustento en los artículos 20 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo en nuestra legislación presentamos formas de apología proscritas.

El artículo 6 de Decreto Ley 25475 expresa que será reprimido con pena privativa de libertad “el que mediante cualquier medio incitare a que se cometa cualquiera de los actos que comprende el delito de terrorismo”³¹⁴. Según los constituyentes para que se configure este delito de apología, el discurso debe ser sistemático³¹⁵, aunque no señala la capacidad de incitación³¹⁶, tal como debería ser.

Según esta norma, el discurso dado debe necesariamente que ‘provocar’ la realización de una acción terrorista³¹⁷. No sólo se requiere que se manifieste una posición favorable a los grupos terroristas (como pueden ser en nuestro país, el MRTA, Movimiento Revolucionario Túpac Amaru o SL, Sendero Luminoso)³¹⁸ sino que el discurso debe llevar a la convicción del receptor del mensaje de realizar una

³¹³ En este punto son distintas las fórmulas utilizadas por las Constituciones nacionales. Lo que se busca evitar, cambia según las concepciones de los países de Rusia, artículo 29 (propaganda incitando odio y discriminación social, racial, nacional o religioso), Omán, artículo 31 (discordias públicas), Arabia, artículo X (división nacional), Angola, artículo 32.3 (racismo), Azerbaiyán, artículo 47 (propaganda que incita animosidad racial, étnica o religiosa u hostilidad), Bulgaria, artículo 39.2 (enemistad), Costa Rica, artículo 28 (propaganda política por parte de clérigos o seculares por motivos de religión), Chechenia, artículo 50.2 (odio social, de clase, nacional y religioso), Kazakstán, artículo 20.3 (odio social, racial, nacional, religioso, la superioridad cerrada así como el culto de crueldad y violencia), Paraguay, artículo 27 (discriminación de la mujer), Lituania, artículo 25.4 (odio nacional, racial, religioso, o social, violencia, o discriminación). En el Convenio Europeo, aparece como prevención de disturbios o crímenes (artículo 10.2).

³¹⁴ En sentido similar, las Constituciones de Chechenia, artículo 50.2, de República Dominicana, artículo 8.6 (se prohíbe toda propaganda subversiva, ya sea por anónimos o por cualquier otro medio de expresión que tenga por objeto provocar desobediencia a las leyes, sin que esto último pueda coartar el derecho a análisis o a crítica de los preceptos legales) y de Arabia, artículo X (prohibición de sedición).

³¹⁵ A favor, FERRERO COSTA, CHIRINOS SOTO y CÁCERES VELASQUEZ; en contra, CHÁVEZ COSSÍO. Esto puede encontrarse en la Cuarta Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Lima, 21 de enero de 1993. www.congreso.gob.pe.

³¹⁶ Para la Corte Suprema, tras haberse capturado a tres personas que habían impreso y estaban transportando volantes impresos con frases como Viva la lucha armada de nuestro pueblo, este acto no constituye una apología al terrorismo, puesto que para configurar el delito “se tiene que alabar o defender públicamente un acto de terrorismo ya cometido o a un terrorista ya condenado” [Expediente 1168-85, Procede de Lima, Sentencia del 28 de marzo de 1985, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 162].

³¹⁷ Tal como propone, Juan Carlos CARBONELL MATEU. Libertad de expresión y derecho al honor. Op. cit. p. 51. En un caso de la Jurisprudencia Comparada se señala incluso que el Estado no puede prohibir o proscribir abogar en pro del uso de la violencia salvo cuando ello se dirige a “*incitement to imminent lawless action*” [Precedente estadounidense Brandenburg c/ Ohio, 395 U.S. 444 (1969), rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 34].

³¹⁸ Como lo pudieron haber hecho periódicos como El Diario a favor de Sendero Luminoso o Cambio a favor del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru.

acción de este tipo. Debería existir un requisito como el existente para la instigación, según el artículo 24 del Código Penal.

De otro lado, se debe prohibir toda forma de discriminación. De esta manera se ampara la igualdad ante la ley (igualdad en sentido de origen, raza³¹⁹, religión, sexo³²⁰, creencia, condición económica o de cualquier otra índole, como lo rescata el artículo 2.2 de la Constitución).

g. Derechos a la voz, imagen, vida privada y honor

Los derechos consagrados en el artículo 2.7 de la Constitución han sido considerados tradicionalmente como los principales límites, puesto que en ellos está la principal fuente de violaciones por parte de los titulares de estos derechos fundamentales. Así, el honor³²¹, la vida privada³²², la imagen³²³ y la voz aparecen como verdaderos confines³²⁴ al ejercicio de los derechos de comunicación del discurso.

³¹⁹ Se puede revisar a MONTOYA VIVANCO, para quien los derechos de comunicación del discurso, “tienen que ceder ante el derecho a la no discriminación cuando el ejercicio de aquéllos ya sea provocando, difundiendo o promoviendo conductas discriminantes, conlleven un riesgo idóneo para la realización de tales conductas y/o para la capacidad de participación igualitaria y plural de los colectivos en que se integran los miembros de la sociedad” [Bases conceptuales y político criminales para el estudio de la tutela penal anticipada contra la discriminación racial y xenofobia. Op. cit. p. 74].

Además, es bastante clara la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, que en el artículo 5.d.viii advierte que los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial, particularmente en el goce del “derecho a la libertad de opinión y de expresión” [adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106-A (XX), de 21 de diciembre de 1965; aprobado por Decreto Ley 18969 (1971); instrumento de ratificación del 22 de setiembre de 1971; depositado el 29 de setiembre de 1971]. También examinar, CONSEIL DE L'EUROPE. *Jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Europeenne des droits de l'homme sur le probleme du discours incitant a la haine raciale et a la xenophobie*. Op. cit. pp. 02 y ss.

³²⁰ Existe una preocupación muy particular respecto a la posibilidad de que a través de los derechos de comunicación del discurso se promuevan prácticas discriminatorias contra la mujer básicamente. En este punto nos parece interesante reconocer el trabajo realizado por la Comisión Interamericana en su trabajo jurisprudencial sobre el tema de Libertad de Expresión y Género.

³²¹ Es quizás el límite de la expresión e información que más ha llamado la atención de los legisladores. por eso está reconocido en la mayoría de Constituciones expresamente como tal, aunque no en la nacional: la de Chipre, artículo 19.3, Dominica, artículo 10, República Dominicana, artículo 8.6, Jamaica, artículo 22.2, Omán, artículo 31, Mongolia, artículo 16.17, Alemania, artículo 5.2, Arabia, artículo X, Bahamas, artículo 15, Bangladesh, artículo 39.2 (difamación o incitación a una ofensa), Barbados, 20.2.b, Bulgaria, artículos 39.2 y 41.1, Chechenia, artículo 50.2, Panamá, artículo 37, Luxemburgo, artículo 24 (ofensas), Korea del Sur, artículo 21.4, Liberia, artículo 15.e, España, artículo 20.4, Etiopía, artículo 29.6, El Salvador, artículo 6, Estonia, artículo 45.1 y Lituania, artículo 25.3 y 25.4 (diseminación de la calumnia); también en el Convenio Europeo, artículo 10.2.

³²² Constituciones de Dominica, artículo 10 (de personas involucradas en procesos judiciales), Jamaica, artículo 22.2 (de personas involucradas en procesos judiciales), México, artículo 7, Bahamas, artículo 15 (secreto profesional), Barbados, 20.2.b (en procesos judiciales y confidencias), Guatemala, artículo 35, Liberia, artículo 15.e, España, artículo 20.4, El Salvador, artículo 6, Estonia, artículo 45.1 y Lituania, artículo 25.3.

³²³ Solamente en la Constitución de España, artículo 20.4

³²⁴ A veces los legisladores han hecho hincapié en la generalidad de los derechos de las personas como límites de la expresión e información, no sólo en algunos de ellos. Así, se ha de buscar el respeto del derecho de los demás en las Constituciones de Chipre, artículo 19.3, Dominica, artículo 10, Jamaica, artículo 22.2, México, artículo 6, Bahamas, artículo 15, Bulgaria, artículos 39.2 y 41.1, Georgia, artículo 19, Camboya, artículo 41, Costa Rica, artículo 28, Korea del Sur, artículo 21.4 y República Eslovaca, artículo 24.4.

Muchas veces este problema se presenta más que por una intención deliberada de ellos –dolo-, por una mala concepción de los límites de su actividad -culpa-.

En la Jurisprudencia Nacional se ha señalado que “el derecho a estas libertades no son concesiones gratuitas e irrestrictas que brinda el Estado, puesto que no es permisible mediante su ejercicio agraviar el honor, la buena reputación, la intimidad personal y familiar y la buena imagen a que tiene derecho toda persona”³²⁵.

3.2.2. Los derechos y bienes diferenciables

A veces confundimos términos, razón por la cual en este punto trataremos de diferenciar la expresión y la información de bienes y derechos fundamentales con los que suelen ser mezclados.

a. Derecho a la creencia

Dentro del pensamiento, decíamos existía tanto la opinión como las creencias. Sin embargo, el contenido de ambos derechos suele ser confundido e incluso mezclado³²⁶, sin tomarse en cuenta que son dos derechos peculiares³²⁷.

Pese a nuestra convicción acerca de la diferenciación entre estos derechos (la cual ha sido recogida expresamente en nuestra Norma Fundamental, al tratarse la

³²⁵ Sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Acción de Amparo, Caso Genero Delgado Parker y otros c/ Ramón Ramírez Erazo y Wilfredo Ramírez Romero, rec. por Juan MORALES GODÓ. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 172.

En el mismo sentido, Sentencia de la Sala Penal de Corte Superior de Lima, según la cual “[e]l Código Político consagra el derecho de información, opinión, expresión del pensamiento, pero lo vertido por el imputado está dirigido a una función, no figurándose en ningún momento la intención de haber querido lesionar el honor y la reputación” [Expediente 3077-93-B, rec. por Felipe VILLAVICENCIO. Código Penal. Antecedentes, Fuentes, Concordancias, Comentarios, Jurisprudencia. Lima, Perú: Grijley, 1997. 2ª ed, aum. y corr. Op. cit. p. 332].

³²⁶ Así según la Constitución de Bielorrusia, artículo 33.2, los derechos de comunicación del discurso incluirían a las creencias.

creencia en el artículo 2.3 y la expresión en el 2.4), existe en doctrina ciertos reparos en ella³²⁸, proponiéndose que el derecho a la expresión incluye el de creencias.

Según el Constitucionalismo Contemporáneo, las creencias son aquellas convicciones de las personas que no parten de un determinado hecho en especial, sino que son constitutivas de su personalidad.

Para el constituyente, las creencias pueden ser de religión (en temas de fe) y de conciencia (en el resto de cuestiones personales, como pueden ser las políticas, ontológicas o deportivas). Según el artículo 2.3 el ejercicio de este derecho se puede realizar de manera individual o asociada.

b. Derechos a manifestar una idea no discursiva

Las formas de comunicación del ser humano son diversas: una de ellas es a través del discurso, tal como lo hemos entendido en estos derechos. Entonces, el derecho que nos permite emitir una opinión a través de un discurso es la expresión.

Sin embargo, existen diversas otras modalidades de comunicación que también merecen tutela constitucional, como la que se proclaman a través del uso del idioma, del voto, de la enseñanza o de la creación.

³²⁷ En este tema es muy claro el enunciado de la Constitución de Letonia, artículo 30.2, según la cual no se puede incluir dentro de los derechos de comunicación del discurso la emisión de dogmas (o puntos de vista) político, religioso, ético u de otra índole.

³²⁸ Entre otros, Enrique BERNALES BALLESTEROS y Marcial RUBIO CORREA. Constitución y Sociedad Política. Op. cit. p. 109 (estos derechos “están directamente emparentados a la libertad de creencia y pensamiento, en la medida que son su natural proyección hacia los otros miembros de la sociedad”); Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. Las libertades informativas en la Constitución Española de 1978. Op. cit. p. 92.

(a) Derecho a la comunicación lingüística

Cuando una persona utiliza su propio idioma no muestra una opinión personal sobre qué lengua usar sino que esto se encuentra protegido por parte del derecho a la expresión lingüística³²⁹.

Este derecho se encuentra recogido en el artículo 2.19 de la Constitución, según el cual el peruano “tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”³³⁰ y los extranjeros “cuando son citados por cualquier autoridad”.

(b) Derecho al voto

El derecho a votar también podría ser considerado como una forma de manifestar una opinión sobre temas políticos pero ésta no es parte comprensiva del derecho a la expresión. Este derecho se encuentra contemplado en el artículo 31 de la Constitución.

(c) Derecho a la creación

Una persona puede además mostrar la idea sobre algún tema través de una obra, como puede considerarse la Estatua de la Libertad como símbolo de la unión de estadounidenses y franceses. Líneas arriba dejamos constancia que en el Perú la expresión sólo protege los discursos y no los actos.

Este derecho que incluye las creaciones intelectual, artística, técnica y científica es tratado por el artículo 2.8 de nuestra Constitución. Sin embargo, tal como lo recuerda Villanueva, evocando la Constitución sudafricana, este derecho creacional debe asentarse claramente en la libertad de expresión³³¹.

(d) Derecho a la enseñanza

³²⁹ En el mismo sentido, Precedente estadounidense Arizons for Official English c/ Arizona, de octubre de 1996, Caso n° 95-974, rec. por <http://www.tjcenter.org/>.

³³⁰ Se encuentran reconocidas como lenguas oficiales del Perú: el castellano, y en las zonas donde predominen, el quechua, el aimara y demás lenguas aborígenes. (artículo 48 de la Constitución).

³³¹ Las libertades de expresión e información en Sudáfrica. Aproximaciones a su evolución constitucional. En: Revista Mexicana de Comunicación. México, año IX, n° 47 (). p. 38.

Este derecho reconocido por el artículo 13 no es otra cosa que la posibilidad de elección por parte del profesor para presentar a sus alumnos las informaciones que crea conveniente a través de la forma que, a su parecer, es la adecuada. Si bien manifiesta una forma personal de opinión esto no corresponde con el derecho a la expresión.



CAPÍTULO CUARTO

El respeto propio (honor y vida privada)

Según la lógica argumentativa, estos derechos fundamentales son dos principios y de los más difíciles de delimitar, puesto que existen diversos enfoques que los analizan y consideran sus significados como etéreos. Pese a estos inconvenientes, es imprescindible presentar su desarrollo constitucional dentro de la Teoría de los Derechos Fundamentales.

Ante todo, debemos tomar en cuenta que hoy, con el avance de los medios tecnológicos y debido a un desenfrenado morbo de la gente por saber más de las figuras sociales (personas con influencia social, llámese: políticos, artistas, deportistas, entre otros), la forma de protección de los derechos de respeto propio

ha variado sustancialmente. El peligro del avance de la industria comunicativa básicamente se viene dando desde fines del siglo XIX pero con mayor énfasis en estos últimos años donde las empresas han procurado romper los esquemas comunicativos para ingresar en ámbitos antes inimaginables. A este vertiginoso desarrollo, se ha de agregar la evolución acelerada de la informática, la cual ha ingresado a nuestras vidas de manera inesperada pero consistentemente, ya es parte de nuestra actividad diaria.

Al igual que en el caso de la comunicación del discurso, en este caso usaremos un término general, cual es el de 'respeto propio', en el que si bien se reconocen dos derechos fundamentales distintos no deja de admitir la gran relación existente entre ellos. Creemos que tanto honor como vida privada buscan el respeto que debe brindarse a toda persona -no sólo a la natural- en un doble sentido: negativo -impidiendo que se les afecte- y positivo -permitiendo su eficacia y efectividad en la realidad-. Pero así como les reconoceremos similitudes conceptuales, también lo haremos con sus características disímiles.

Así, si bien honor y vida privada se encuentran en el mismo artículo constitucional (el 2.7) por lo que se demuestra su relación, también el legislador ha creído conveniente separarlos y considerarlos como derechos diferentes¹.

I. El honor y la vida privada en el Constitucionalismo Contemporáneo

¹ Parece descabellado pero hemos encontrado propuestas en las que no se reconoce como válidos en la sociedad actual derechos como éste. Así, en un artículo de David BRIN, se señala como base de su argumentación que una vida sin ámbito privado evitaría, por ejemplo, que nuestros enemigos indaguen sobre nosotros y encuentren algo 'oscuro' entre nuestro pasado, y que los poderosos se aprovechen, como suelen hacerlo, de los más débiles [*The beauty of a world without privacy*, 07 de febrero de 1999. http://www.zdnet.com/stories/zdnn_display/0,3440,2204157,00.html]. En sentido similar, los MAZEUD. *La protección de la vie privée*, cit. por Fernando HERRERO-TEJEDOR. Honor, intimidad y propia imagen. Madrid: Colex, 1994. p. 81.

Lo que propone, en pocas palabras, es la absorción de lo privado por lo público, razonamiento que nos parece poco convincente, más aún si tomamos en cuenta las virtudes de estos derechos, tal como lo observaremos a lo largo de este capítulo.

Lo primero que señalaremos es que para conocer la significación individual de esta dualidad de derechos, se requiere que de manera inicial hagamos ciertas precisiones sobre los elementos y la concretización de la vida privada y el honor.

1.1. Los dos derechos involucrados

Hemos afirmado que estamos ante dos derechos fundamentales, sin embargo la fórmula que nos presenta la Constitución es bastante confusa, incluyendo además un vocablo que desde nuestro punto de vista no es precisamente un derecho -intimidad- sino únicamente el supuesto de hecho de uno verdadero -vida privada-.

1.1.1. En principio, honor y reputación, intimidad personal y familiar

Constitución Política del Perú de 1993
Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
7. Al honor y a la buena reputación,
a la intimidad personal y familiar [...].

Al igual que en el capítulo anterior, debemos realizar respecto al honor y a la vida privada, un estudio normológico del derecho. Comenzaremos con un análisis literal y proseguiremos con uno histórico y otro sistemático.

A. Ingreso lingüístico

El primer acercamiento de tendremos con estos derechos es partir de un análisis del contenido literal de la norma que los recoge en la Constitución.

El artículo mencionado reconoce seis derechos, de los cuales sólo nos interesa recordar cuatro de ellos -también aparecen la voz y la imagen-, divididos en dos grupos (el honor y la reputación, de un lado, y la intimidad personal y familiar, de otro).

En el Perú, los estudiosos han tratado de descifrar el significado literal de la norma, reconociendo estos derechos²:

- i. Honor: es el sentimiento de autoestima, de apreciación positiva que la persona hace de sí misma y de su actuación, la cual puede ser vulnerada cuando se ofende -en público o en privado- o cuando se realiza una agresión física, psicológica o espiritual; en este sentido, el honor es un sentimiento eminentemente subjetivo que, sin embargo, es susceptible de ser objetivamente defendido por el Derecho.
- ii. Reputación: se refiere a la idea que los demás tienen o presuponen de una persona y que es quebrantada cuando se daña la imagen de las personas (ya sea testificando con falsedad como cuando se dicen verdades dañosas); entonces, reputación y honor son complementarios, al referirse a la estimación de la persona desde dos perspectivas: la de ella misma y la de los terceros para con ella.
- iii. Intimidad personal: en general, la intimidad se vincula a un conjunto de hechos y situaciones de la vida propia que pertenecen al ser humano como una reserva no divulgable (hábitos, privados, preferencias, relaciones humanas, emociones, sentimientos, secretos o características físicas -como edad, problemas congénitos, accidentes y secuelas consiguientes-); estrictamente, la persona se encuentra restringida en torno al individuo mismo, la que incluso puede negarse a sus familiares.

² Entre ellos, Enrique BERNALES BALLESTEROS y Marcial RUBIO CORREA. *Constitución y Sociedad Política*. Op. cit. pp. 45 y ss., y retomada por Enrique BERNALES BALLESTEROS. *La Constitución de 1993*. Op. cit. pp. 101 y ss.; COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Protección de los Derechos Humanos*. Op. cit. pp. 177 y ss.; Enrique CHIRINOS SOTO. *La Constitución de 1993*. Op. cit. p. 28.

- iv. Intimidad familiar: la intimidad posee dos dimensiones, y no sólo es la personal, antes estudiada, sino detenta otra dimensión, cual es la familiar, según la cual se deben proteger los eventos y situaciones que pertenecen a las relaciones dentro de un círculo de parentesco.

Entonces, tal como la norma nos invita a pensar, honor, reputación, intimidad personal y familiar, han de aparecer con un significado bastante restringido. Sin embargo, esta concepción debe seguir siendo utilizada hasta completar el análisis contextual de la norma.

B. Examen de la realización histórica de los derechos

Ahora debemos descubrir cómo surgió la constitucionalización de este derecho. Para ello revisaremos tanto las normas derogadas, las inspiradoras y el debate constituyente.

a. Normas derogadas

Es importante conocer qué normas precedieron a nuestro actual artículo 2.7. El antecedente más inmediato lo podemos encontrar en la Constitución de 1979, que plantea en casi los mismos términos el asunto.

Con respecto a la vida privada, desde las primeras normas nacionales, sólo se ha protegido dos manifestaciones de su ámbito negativo, como son la inviolabilidad de domicilio y el secreto de la correspondencia. Para el artículo 2 de la Sección Octava de la Constitución de 1821, la primera nacional³, el hogar es un lugar sagrado y se requería una orden expresa para el ingreso a ella. Ya en la de 1822 se reconoció

³ Sin embargo, en la Constitución de Cádiz de 1812, aplicable al país, se reconocía en el artículo 306 que no podía ser allanada ninguna casa, sino en los casos predeterminados por ley.

tanto la inviolabilidad de las propiedades como el secreto de las cartas, en los artículos 9.4 y 9.5, respectivamente. Esto mismo ocurrió en la Constitución de 1823, artículos 118 y 193, en la de 1828, artículos 155 y 156, en la de 1834, artículos 155 y 156, en la 1839, artículos 158 y 159, en la de 1855, artículos 8.5 y 8.6 (en las que se presenta como garantías), en la de 1856, artículos 30 y 21, en la de 1860, artículos 31 y 22, en la de 1867, artículos 31 y 21.

Haciendo un alto en la enumeración -y antes de entrar al siglo XX- nos parece anecdótico señalar el planteamiento de la Constitución de 1826, la cual, reconociendo la inviolabilidad de domicilio, hace una distinción bastante peculiar, tal como nos lo muestra el artículo 145: “Toda casa de peruano es un asilo inviolable. De noche no se podrá entrar en ella, sino por su consentimiento; y de día sólo se franqueará su entrada en los casos y de la manera que determine la ley”. Otra Constitución que debemos recordar nuevamente es la de 1867, que presenta este derecho de manera de límite a los derechos de comunicación del discurso (artículo 20); es más, como todo acto genial, por primera y única vez, se denomina el derecho como ‘vida privada’.

Ya en 1920, se sigue considerando la inviolabilidad del domicilio (artículo 31) y el secreto de las cartas (artículo 32), al igual que en la de 1933 (artículos 61 y 66, según corresponde). Pero es recién con la Constitución de 1979 que se reconoce el derecho a la intimidad (artículo 2.5), como derecho autónomo, sin dejar de proteger las manifestaciones antes presentadas (artículos 2.9 y 2.10).

Con respecto al honor, la historia constitucional está llena de vaivenes, al no ser tomado en cuenta en varias oportunidades. Sin embargo, se le empieza a tratar en la primera Constitución dada en el Perú (la de 1821) en el artículo 1 de la Sección Octava cuando expresa que “[t]odo ciudadano tiene igual derecho a conservar y defender su honor”, agregándose que sólo podrá ser privado de este derecho con el pronunciamiento de la autoridad competente. A partir de la Constitución 1823 (artículo 193) se reconoce la buena reputación o fama de las personas, mientras no se le declare delincuente (fórmula seguida por los artículos 164 de la Constitución de 1828, 160 de la de 1834, 166 de la de 1839 y 13 de la de 1855).

Pero es con la Constitución de 1860, en su artículo 16, que se utiliza el término de honor sin restricciones, pero derivado a un trabajo legislativo. En las sucesivas Constituciones, este derecho no fue tratado, hasta que en la de 1979 vuelve a acogerse en el artículo 2.5, referida tanto al honor como a la reputación, tal como lo hace la de 1993.

b. Norma inspiradora

La idea sugerente de nuestro artículo constitucional se remonta a la Constitución española de 1978. Si bien existen muchas similitudes en el tratamiento de estos derechos en la Norma Fundamental ibérica, éste se presenta mucho más glosado que la nuestra, al desarrollar determinados puntos con mayor precisión que nuestro artículo 2.7.

Es importante revisar qué expresó ésta al respecto. Su artículo 18.1, como base general, expresa que “[s]e garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar [...]”, casi idéntico a nuestro actual artículo 2.7, aunque sin considerar la reputación. En los subsiguientes incisos del artículo 18 se desarrollan algunos puntos más.

La importancia de esta norma reside, según los propios españoles, en “el tratamiento que se da a la materia, que no tiene precedentes ni en nuestro derecho constitucional ni en las Constituciones extranjeras”⁴.

c. El debate constituyente

Lo que denota la existencia de estos derechos es que se ha retomado prácticamente el artículo constitucional de la Constitución de 1979, que no hizo sino asumir los postulados de los instrumentos internacionales y el resto de

⁴ SEMPERE RODRÍGUEZ, César. Artículo 18. En: ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.). Constitución Española de 1978. Op. cit. v. II, p. 433.

Constituciones, reconociendo el honor conjuntamente con la reputación, y la intimidad tanto familiar como personal.

El debate sobre el contenido de estos derechos fue casi inexistente. Lo que sí fue ardua fue la polémica sobre el derecho a la rectificación puesto que la presión de los medios de comunicación social era bastante fuerte, fundamentalmente interesados en su correcto tratamiento.

Sobre este derecho se buscó mantener casi el texto idéntico de la Constitución de 1979 por dos motivos principales, los cuales son explicados por el constituyente Ferrero Costa: “porque sabíamos que éste era una materia muy controversial, y que si se variase conceptos, podía haber de que ocurriera lo mismo que cuando intentamos introducir la figura de la apología del terrorismo, y que surgió toda una inquietud de los medios de comunicación, pensando que se quería establecer una censura indirecta. Acá la mejor manera de ceñirnos al texto constitucional era poner lo que ha hecho mención el congresista que me ha antecedido, que se refiere exactamente al mismo derecho de rectificación en forma gratuita. Pero hay otra razón que es muy importante, publicar no quiere decir solamente escribir, sino publicar quiere decir que esto salga a la luz de todos, más allá de aquéllos que lo están haciendo”⁵.

C. Relación de la norma con la Constitución

Los dos derechos, honor y vida privada -especialmente esta última-, se encuentran muy relacionados con otros que le permiten esclarecer el verdadero significado de sus contenidos.

⁵ Diario de Debates del Pleno del Congreso Constituyente. Debate del Primer Capítulo. Décima (B) Sesión. Lima, 22 de febrero de 1993. www.congreso.gob.pe.

Es decir que, dentro de una perspectiva sistemática, estos derechos considerados como fundamentales al encontrarse en el Título I, Capítulo I, De los Derechos Fundamentales, deben ser entendidos dentro de un concepto cabal con relación a derechos como el de la inviolabilidad de domicilio (artículo 2.9) o de correspondencia (artículo 2.10), tal como luego líneas más abajo lo explicaremos.

Con este esquema habremos de entender cómo se presenta este artículo 2.7 en un contexto de norma jurídica simple. Sin embargo, consideraciones dentro de la Teoría que nos acoge, nos permitirán entender un concepto más acorde con la visión contemporánea de los derechos fundamentales.

1.1.2. En realidad, sólo honor y vida privada

Si bien la Constitución ha plasmado una fórmula bastante peculiar, aunque basándose en el Ordenamiento Comparado e Internacional, creemos que el tratamiento correcto va por otro lado.

1.1.2.1. Crítica al planteamiento constitucional

Si bien la presentación de estos derechos se da en dos grupos diferenciados, creemos que la intención del constituyente ha sido, únicamente, proteger dos derechos únicamente: el honor -incluyendo en ella a la reputación- y la vida privada -dentro de la cual se encuentra la intimidad personal y familiar-. Todos estos puntos serán revisados ampliamente a lo largo del presente capítulo, pero adelantaremos ciertos aspectos.

El constituyente parece haberse embebido de la postura mixta de la teoría fáctica del honor, la cual reconoce dos ámbitos de este derecho: uno objetivo y otro subjetivo. El primero es conocido como honor en sentido estricto y el segundo como reputación; esta opción parece claramente acogida en nuestra Constitución. Sin embargo, una posición como ésta está reñida con los planteos contemporáneos puesto que recurrimos a la sociedad para que con sus estándares cataloguen a la persona, o al sentimiento de la persona para que ella misma considere su afectación psicológica. La solución que nos conduce la teoría fáctica, por lo tanto, podría afectar un sentido de igualdad de las personas puesto que el juzgador tendrá que apelar a consideraciones particulares y peculiares para cada individuo, lo cual haría imposible una línea jurisprudencial coherente, válida para todos. Por lo tanto consideramos tal como lo hace el artículo 5 del Código Civil, un solo derecho cual es el honor.

Con respecto a la intimidad personal o familiar, más que una situación errada es incompleta. El derecho que debería protegerse es el de la vida privada. La intimidad (en la que se incluye a la persona en soledad y en convivencia, véase en esto último a la familia) más que constituir un derecho constitucionalmente protegido es un supuesto de hecho, parte de la vida privada, que nos lleva hacia una actividad negativa, de no injerencia hacia el ámbito personal.

1.1.2.2. La dualidad de derechos

Entonces, si bien hemos determinado la existencia de honor y vida privada, debemos descubrir si éstos son manifestaciones distintas de un solo derecho o si

por el contrario son, cada uno de ellos, derechos claramente diferenciables y cuyo tratamiento es distinto.

A. Orientación monista

Esta propuesta surge por la incapacidad de una parte de los estudiosos de la materia de encontrar diferencias sustanciales entre los derechos al honor y a la vida privada.

Si bien en el plano normativo “no se puede hablar de un solo derecho de la persona, si no de una pluralidad, porque resulta obvio que todo ordenamiento jurídico reconoce (y va reconociendo) diversas situaciones jurídicas existenciales merecedoras de tutela jurídica”, en el legislativo “resulta más conveniente [la posición] del *numerus apertus*”⁶. Así, se podrá argumentar a su favor que un concepto de este tipo servirá “a modo de figura abierta y supletoria que llene los vacíos olvidados por la tipificación especial de cada derecho en concreto”⁷.

a. Un derecho general con diversas manifestaciones

Esta corriente doctrinal plantea un ‘derecho general a la personalidad’. La base de este proyecto es la presentación en muchos ordenamientos de los derechos a la vida privada, imagen, honor y algún otro semejante dentro de un derecho global.

⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la informática. Sobre el denominado ‘derecho general de la personalidad’ (I). En: *ius et veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año IX, n° 19 (1999), pp. 61 y 62; en el mismo sentido, Pietro RESCIGNO. Comentarios al Libro de Derecho de las Personas del nuevo Código Civil peruano de 1984. En: UNIVERSIDAD DE LIMA - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS y ASSLA - ASSOCIAZIONE DI STUDI SOCIALI LATINOAMERICANI. El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano. Op. cit. p. 242.

⁷ ESTRADA ALONSO, Eduardo. El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo. Op. cit. p. 40; además, se adscriben a esta teoría, Jorge A. CARRANZA. Los medios masivos de comunicación y el derecho privado. Un problema contemporáneo: Los avances de la tecnología sobre el individuo y la sociedad. En: Buenos Aires: Lerner, 1975. pp. 44 y ss.; Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. pp. 142 y 143; Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Lima: Studium, 1987. 2ª ed. p. 37; Elvira LÓPEZ DÍAZ. El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Op. cit. p. 28.

Se ha llegado a proponer en los Ordenamientos un derecho único que fluye de la dignidad humana⁸ y se encuentra en conjunción con el desarrollo de la personalidad⁹: experiencia del *allgemeines Persönlichkeitsrecht*. Un concepto como éste “conlleva diferentes ‘cualidades’ que son las mismas que el hombre posee y que le fueron concedidas por la naturaleza y que el Derecho no hace sino reconocerlas, denominándolas genéricamente atributos de la personalidad”¹⁰.

De esta forma, “[e]sta posición subjetiva se configura, en primer lugar como un *Grundrecht*, constitucionalmente protegido frente a cualquier autoridad pública y al mismo tiempo como un derecho subjetivo privado que cada uno puede hacer valer frente a comportamientos lesivos del mismo”¹¹.

Pero no sólo existe esta concepción de la personalidad, sino también podemos encontrar a la propuesta italiana del ‘derecho a la identidad’ como una forma de encontrar un derecho único. Ésta es el modo de ser de la persona en su proyección de la sociedad.

Profundicemos el sentido de identidad. Según el propulsor de este derecho en el país, Fernández Sessarego, ésta es “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’. Este plexo de características de la personalidad de ‘cada cual’ se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a *cierta persona*, en su ‘mismidad’, en lo que ella es en cuanto específico ser humano”¹².

Si bien se trata de separar identidad de vida privada y honor, creemos que básicamente engloba a ambos conceptos puesto solamente acoge una idea de

⁸ Constituciones de Alemania, Ley Fundamental de Bonn, artículo 1.1, de Angola, artículo 20, República Checa, Preámbulo y China, artículo 38.

⁹ Acerca del desarrollo de la personalidad, básicamente la Constitución de Alemania (artículo 2.1) y su precedente: Constitución de la República Democrática Alemana (artículo 30, aunque en este caso referido sobre todo a la inviolabilidad). En este mismo sentido se expresa el Código Civil suizo, que en su artículo 28 expresa que “[a]quél que sufre un atentado ilícito en sus intereses personales puede demandar al juez que lo haga cesar”.

¹⁰ PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Manual de Derecho Civil. Lima: Huallaga, 1987. 2ª ed, 1ª reimpr. t. I, p. 78.

¹¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la informática (I). Op. cit. pp. 55 y 56.

¹² Derecho a la identidad personal. Op. cit. p. 113; también, Fernando HERRERO-TEJEDOR. Honor, intimidad y propia imagen. Op. cit. p. 44 (es la ‘fiel representación de la propia proyección social’ de la persona).

La cercanía entre estos derechos puede notarse en el Anteproyecto de la Constitución de 1979 del Partido Socialista Revolucionario: el artículo 45 señalaba que “[c]ada persona tiene derecho a la identidad personal, la buen nombre y reputación, y a la reserva de la intimidad en la vida privada, personal y familiar” [cit. por Enrique BERNALES BALLESTEROS y Marcial RUBIO CORREA. Constitución: Fuentes e Interpretación. Op. cit. p. 317].

estos últimos concebidos como meros derechos subjetivos sin considerar sus características como derechos fundamentales. Así, para separar identidad y vida privada se han basado en que “la vida privada tutela un espacio de la existencia del ser humano que éste la reserva para sí [...], mientras que el derecho a la identidad personal tutela la proyección social estática y dinámica del ser humano que lo hace ser idéntico a sí mismo y único”¹³. Y para distinguir identidad y honor se basan en que este último se basa en la dignidad, mientras que la primera “atiende a la proyección social de la personalidad en la plenitud de verdad”¹⁴.

Entonces, creemos que lo único que se ha hecho con ambas propuestas ha sido recoger las características de honor y vida privada, sobre todo las negativas, para hacerlas comprensivas de un derecho único, lo cual es incorrecto.

b. Un derecho predominante

También podemos encontrar como una forma de orientación monista a determinadas propuestas que amplían en demasía el ámbito de protección de la vida privada haciendo incluir dentro de ella, no sólo el honor sino incluso otros derechos como la voz y la imagen.

Un buen ejemplo de este punto de vista lo encontramos en el *right to privacy*, sustentado en un sistema jurídico, como es el anglosajón, distinto al nacional.

El *right to privacy*, trabajo jurisprudencial y doctrinario estadounidense¹⁵, también es en buena medida un derecho general al incluir en él, básicamente la vida

¹³ MORALES GODD, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 141.

¹⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la identidad personal. Op. cit. p. 187.

¹⁵ Además existen constituciones que lo han recogido como la de Bulgaria, en su artículo 32.

privada, pero también otros derechos. Y es que a partir de un *right to be alone*, se han ido incorporando diversos elementos que han terminado por ampliar los ámbitos de este derecho. De este tema también hablaremos más adelante.

B. Orientación dualista

Pese a la propuesta presentada, el tratamiento clásico de estos derechos ha sido de derechos por separado. Por ello, honor y vida privada son derechos que si bien poseen características comunes, detentan una configuración particular.

En el caso nacional -tal como lo observamos *supra* en el caso de la Historia de las Constituciones- la independencia entre ellos ha sido más que evidente. Nos acogemos así a una teoría dualista –o, según algunos, ‘atomista’¹⁶- del honor y la vida privada.

Asumimos que se ha reconocido que ambos derechos “tienen existencia independiente, sin superponerse uno a otro, ni uno género ni especie del otro”¹⁷; es decir, estos derechos son “próximos pero no coincidentes”¹⁸.

En la mayoría de Constituciones, se reconoce la existencia de derechos como éstos, con diversidad de denominaciones, sobre todo en el caso del honor (véase: honra, buena reputación, buen nombre), o como límite a otros derechos (básicamente, de los de comunicación del discurso).

Para algunos, dentro del Sistema Romanista, la vida privada debe incluir al honor y a la imagen, como Eduardo ESPÍN. Los derechos de la esfera personal. Op. cit. p. 181 o Carlos PECCHI CROCE y Eleodoro ORTIZ SEPÚLVEDA. Tutela procesal del derecho a la intimidad personal en Chile. En: Revista de Derecho. Concepción, nº 176, año LII (jul. - dic. 1984), p. 13.

¹⁶ Como Juan ESPINOZA ESPINOZA. La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la informática (I). Op. cit. p. 061.

¹⁷ NOVDA MONREAL, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información. Op. cit. p. 77; también, Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 166.

¹⁸ ESTRADA ALONSO, Eduardo. El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo. Op. cit. p. 55.

Ambos derechos se presentan en una diversidad de Constituciones, aunque la vida privada¹⁹ aparece en más oportunidades que el honor²⁰.

Ésta es la línea que hemos podido observar que es seguida por nuestra Constitución y sus precedentes, así como en el resto del Ordenamiento -véase, para muestra el tratamiento diferenciado de ambos en el Código Civil y en el Penal-.

1.1.2.3. El honor y la vida privada como derechos distintos

Los derechos de respeto propio muestran características diferentes. Se puede decir que distan en lo sustancial en los siguientes aspectos:

a. Según su contenido esencial

Una diferencia sustancial es la referida a los límites internos de cada derecho. Lo que protege cada uno de ellos es distinto: uno se basa en la simetría; el otro, en la corporeidad. Cada uno de estos conceptos serán analizados detenidamente más adelante.

b. Según sus supuestos de hecho

¹⁹ La vida privada aparece en las Constituciones de Andorra (artículo 14), Antigua y Barbuda (artículo 3), Armenia (artículo 20), Brasil (artículo 5.X), Belarus (artículo 28), Bosnia-Herzegovina (artículo 3.f), Bélgica (artículo 22.1), Georgia (artículo 20.1), Hungría (artículo 59.1), Finlandia (sección 8.1), Portugal (artículo 33.1), Kazakstán (artículo 18.1), Korea del Sur (artículo 17), Liberia (artículo 16), Lituania (artículo 22.1), Paraguay (artículo 33), Egipto (artículo 45), Eritrea (artículo 18.1), República Eslovaca (artículo 19.2, como presentación genérica del derecho, y 19.2, para impedir su interferencia), Estonia (artículo 26), Chile (artículo 19.4, y va más allá: protege la vida pública), Etiopía (artículo 26.1), Croacia (artículo 35), Chipre (artículo 15.1), Dominica (artículo 10, básicamente a la vida privada de las personas involucradas en los procesos judiciales, aparece como límite a los derechos de comunicación del discurso), Colombia (artículo 15.a), Venezuela (artículo 59), Rusia (artículo 23), Jamaica (artículo 13.c), México (artículos 7, en los que se cuenta como un límite a la comunicación del discurso y 16, en los que se enumeran supuestos de hecho) y Nicaragua (artículo 26.1).

²⁰ El honor es admitido como derecho independiente en Brasil (artículos 5.X), Finlandia (sección 8), Honduras (artículo 76), Korea del Sur (artículo 21.4), España (artículo 18.1), El Salvador (artículo 2), Lituania (artículo 22.4), Belarus (artículo 28), Alemania (artículo 5.2, que pese a ser protegido a través de una manifestación del derecho único, aparece independientemente como un límite a los derechos de comunicación del discurso), Angola (artículo 20), Azerbaiyán (artículo 46), Lituania (artículo 22.4), Camboya (artículo 38), Chechenia (artículo 50.2), Kazakstán (artículo 18.1), Jamaica (artículo

En este punto, el desarrollo alcanzado por la vida privada frente al honor es aventajado. Si bien ambos derechos constan de dos supuestos de hecho genéricos (ámbito negativo y ámbito positivo), la subdivisión de cada uno de éstos es más detallada en la vida privada.

Así, del honor diremos que posee dos dimensiones: la negativa, por la que se evita la afectación de una dignidad particularizada, y la positiva, definida como la posibilidad de desarrollo del derecho en la vida diaria. De la vida privada, por su parte, señalaremos que su ámbito negativo se subdivide en intimidad y en no-divulgación de datos personales, y que su ámbito positivo en autonomía y autodeterminación informativa.

c. Según su surgimiento como derechos

En las distintas épocas de la historia, se ha tratado cada uno de estos derechos de forma separada. El íter histórico de ellos difiere claramente.

Desde los inicios latinos del Derecho, podemos encontrar ciertos antecedentes de ambos derechos: del honor concebido como una forma de proceder y de la vida privada como una inviolabilidad de domicilio rústica.

El honor viene de un precedente romano²¹ derivado del *bona fides*, en cuanto forma de comportarse (*bonnus fides*), protegiéndose a la persona como ciudadano, tanto en sus operaciones mercantiles como en su conducta personal²². Si bien en un inicio la *iniuria* fue entendida como un ilícito que comprendiese las hipótesis de

22.2, aunque aparece como un límite a los derechos de comunicación del discurso), Chile (artículo 19.4), Dominica (artículo 10), Etiopía (artículo 24.1) y Hungría (artículo 59.1).

²¹ Aunque la palabra proviene del griego 'ainos' que significa alabanza, tradicionalmente ha sido considerada como apreciación y recompensa del hecho meritorio o de la serie de ellos realizados por la misma persona, que como causa, en el respectivo hecho bueno o en la buena conducta" [MONEVA Y PUJOL. El honor, cit. por Porfirio BARROSO ASENJO. Límites Constitucionales al Derecho a la Información. Op. cit. pp. 40 y 41].

violencia personal que no fuesen *membrum ruptum* y *os fractum*, al final del ésta conectaba tres supuestos distintos: *dignitas*, *bona fama* (estima) y *commoda bonae famae* (buena reputación)²³.

Con respecto a la vida privada, se puede decir que “el hogar doméstico (la casa – la *domus*) jugó un papel muy importante en la vida de los romanos, con un contenido moral y jurídico trascendental”²⁴. Su protección era base fundamental para la familia en Roma.

Ya en la Edad Media el contenido del honor se acentúa y forma parte del núcleo de derechos y privilegios de la persona, mientras que la vida privada aparece como una manera de aislarse y de concebir una nueva sociedad. En principio, ambos derechos eran elitistas.

El honor era más que una gracia a favor de toda persona respetable. Su valor aparecía tan alto que incluso era considerado más que la propia vida. Una ofensa al honor de un individuo se pagaba hasta con la propia muerte, nada podía cambiar una decisión de batirse a duelo para defender el honor. Veamos un episodio literario sobre este tema. Athos, luego de sentirse herido en su honor, había propuesto a D’Artagnan, a quien aún no conocía, un duelo; cuando llegó el momento en que éste se produjese y al percatarse el primero de que este último era un hombre respetable, sólo pudo señalar: “He aquí otra frase que me gusta [...]; no es de un hombre sin cabeza y es, de seguro, de un hombre, de corazón. Caballero, me placen las gentes de vuestro temple, y veo que si no nos matamos el uno al otro, tendré más adelante un verdadero placer en vuestra conversación”²⁵. Si se afectaba al honor, nada era más importante que su defensa.

²² CICERÓN. *De Officiis*, 3, 29, 104.

²³ HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Honor, intimidad y propia imagen. Op. cit. p. 35.

Después con asegurar la ausencia de violencia, la *Lex Cornelia de iniuriis* se empezó a mezclar honor con vida privada, al incluirse la inviolabilidad de domicilio, *introire vi domum*. Con el Derecho Pretorio, injuria se equipara con *contumelia*, entendida ésta como ofensa moral.

²⁴ MORALES GODD, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 96, retomando los postulados de IHERING.

Además agrega el nacional que el concepto de domicilio en Roma no coincidía exactamente con el nuestro de casa “ya que la nota fundamental para ello era que el lugar se convirtiera en el centro de las actividades o intereses de la persona” (Ibid. p. 97).

²⁵ DUMAS, Alejandro. *Los tres mosqueteros* (1884). Madrid: Olympia, 1996]. La obra se centra en un episodio de 1626.

De otro lado, la vida privada aparece en esta época a través de dos manifestaciones del retiro. Primero, en pleno auge del periodo medieval, este derecho pertenecía a las clases altas o nobleza para quienes el aislamiento era un privilegio, aunque también existían diversos personajes que elegían éste como modo de vida -monjes, pastores o bandidos-²⁶. En la parte final de esta época, tras la disolución de la sociedad feudal, permite que los grupos minoritarios empiecen a aislarse y formar pequeñas comunidades²⁷. Es conveniente, además, rescatar una antigua Jurisprudencia Comparada, que pese a la ambigüedad en su redacción y a la ampliación de su contenido debe ser tomado en cuenta como el primer paso de la vida privada: se condena a una persona por perturbar con fuertes golpes la puerta de una taberna y tratar de ingresar en ella²⁸.

Con el paso del tiempo los derechos de respeto propio han ido configurándose hasta llegar a ser lo que hoy en día son. El honor se ha perfeccionado; la vida privada ha surgido como un verdadero derecho fundamental, puesto que antes sólo aparecían ciertos aspectos de su ámbito pero no era un derecho en el sentido lato de la palabra.

Como decíamos, el honor ha ido perfilándose: ahora se ha democratizado, ya no sólo es parte de determinadas personas sino que corresponde a todas por igual²⁹. Éste es el sentido actual del derecho, que incluso llega a proteger a las personas jurídicas.

Recién el siglo pasado, ha aparecido el tratamiento jurídico del derecho a la vida privada. El trabajo de Warren y Brandeis³⁰, referido a un *to be let alone* (entendido

²⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Op. cit. p. 321.

²⁷ NOVDA MONREAL, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información. Op. cit. p. 26.

²⁸ Caso de los tribunales ingleses, de 1348, rec. por Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 96.

²⁹ ESTRADA ALONSO, Eduardo. El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Op. cit. p. 35; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. El derecho fundamental al honor. Op. cit. p. 129.

³⁰ *The right to privacy* (aparecido en Harvard Law Review, v. IV, nº 5), retomado en su versión castellana de El derecho a la intimidad. Madrid: España, 1995. pp. 21 y ss.

Lo que impulsó a los estadounidenses a realizar este trabajo fue la afectación de la vida privada de uno de ellos. Samuel Warren, casado con la hija de un senador de la República, de apellido Bayard, de Delaware, fue objeto de comentarios respecto de las facetas que correspondían a su vida privada, resaltando la vida desarreglada del joven abogado (acostumbraba dar en su casa de Boston frecuentes fiestas sociales), dentro de la revista

no sólo como derecho a estar solo, sino básicamente a ser dejado en paz, no ser molestado) ha sido considerado como el trabajo más sistemático del tema, aunque en esencia no ha sido el primero. En el propio Estados Unidos de Norteamérica, el juez Cooley ya había desarrollado con anterioridad el *right to privacy*. Y, para beneplácito nuestro, es la Constitución del Perú de 1867, la que legislativamente nos da una pauta sobre el tema, intentando ella misma delimitar los contenidos de este derecho fundamental, relacionándolo con los de comunicación del discurso. A nuestro entender, el derecho que realmente protege nuestra Constitución es el de la vida privada. Lamentablemente sólo busca hacerlo a través de varios supuestos de hecho del mismo que, como veremos en el siguiente subcapítulo, unidos forman un verdadero derecho fundamental.

d. Según sus límites externos

Según cada derecho, existen diversos límites externos que marcan su contenido. Los diferentes ámbitos en los que cada uno se desarrollan hace que tanto el honor como la vida privada estén sujetos a distintas limitaciones que una vez más marcan las diferencias entre estos derechos de respeto propio.

Así, el honor, por ejemplo, tiene como límite a la expresión. La vida privada no lo tiene; no obstante, para este último derecho, un límite es la protección de la salud, cosa que no lo es para el honor.

e. Según sus espacios de vulneración

Se ha señalado que la afectación de la vida privada sólo se da si se divulgan hechos reales reservados para cada persona, y que la del honor, casi siempre, con la imputación de datos falsos. Sin embargo, consideramos muy simplista aseveración. Aún así, la infracción de uno no siempre acarrea la del otro.

Saturday Evening Gazette, especializada en asuntos de la alta sociedad. Éste con gran mortificación por lo sucedido, se unió con Louis Brandeis, que

Se puede afectar al honor sin que se inmiscuyan en el ámbito de la vida privada. Pero pese a que ambos derechos se diferencian, “[e]sto no significa negar que la violación de la segunda se usa muchas veces como un medio para llegar a la consumación de un ataque al primero”³¹. Entonces, la “independencia entre intimidad y honor se hace evidente también cuando se muestra cómo es factible atentar contra el honor sin agraviar la intimidad y, viceversa, cómo es posible atacar la intimidad sin lesionar el honor”³².

1.2. Su doble naturaleza

Sobre los derechos de respeto propio existe una propensión a pensar en su limitada importancia dentro del Constitucionalismo Contemporáneo. Esta proclividad parte de la errada concepción de éstos como meros derechos-defensa, sin tomar en cuenta las implicancias que una correcta aplicación de las Teorías de Derechos Fundamentales conlleva.

1.2.1. Ámbito negativo

Cuando explicábamos la teoría monista veíamos una doble referencia de estos derechos. Su relación con la dignidad como principio es innegable: el problema aparece cuando se le identifica con los derechos de personalidad.

1.2.1.1. La dignidad de la persona

luego llegara a ser miembro de la Corte Suprema de su país, para escribir este ensayo.

³¹ NOVOA MONREAL, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información. Op. cit. p. 77.

³² VÁSQUEZ, Aldo. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 39.

Por lo tanto, no debemos olvidar el gran acercamiento existente entre los derechos de respeto propio y el principio de la dignidad (artículos 1 y 3 de la Constitución). Éste es el fundamento idóneo de derechos como son el honor y la vida privada (aunque lo es, en realidad, de todos los derechos, incluidos los estudiados en el capítulo anterior).

En este sentido, Häberle considera justamente que la dignidad “en cuanto premisa antropológica constituye una garantía cultural del *statu quo*, la que ha establecido un punto de no retorno. Y a partir de ella se infirió y desplegó la diversidad de derechos fundamentales”³³. Por lo tanto, dignidad viene a constituir la base de todos los derechos del hombre reconocidos en las constituciones, inclusive es la base de la libertad y del ordenamiento político de un país³⁴. A ello agrega Benda, que cada uno de los derechos fundamentales “[s]on porciones autónomas derivadas de la dignidad humana”³⁵. En el mismo sentido, se manifiesta Maihofer quien considera que la dignidad humana no sólo es una garantía negativa, sino que coadyuva el pleno de desarrollo personal dentro de la cual se incluye la autodisponibilidad y la autodeterminación, por lo que no se puede identificar la dignidad con un hombre singular encerrado en sí mismo, *selbsein*, sino con una persona en relación con los demás, *mitsein*³⁶.

Así, “la dignidad y la cuestión social se encuentran en relación”³⁷, puesto que es “un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que,

³³ El legislador de los derechos fundamentales. Op. cit. p. III.
Así, la propia REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, hablando de la honra, considera que es la “estima y respeto de la dignidad propia” [Diccionario de la Lengua Española]. Para HÖRSTER, existe un riesgo en el significado del principio de la dignidad humana: es necesariamente vacía, por lo cual desemboca en una ‘cuestión de valoración’ y si no es definida por el legislador, es un cheque en blanco para el juez [cit. por Néstor Pedro SAGÚÉS. El concepto constitucional de ‘Dignidad de la Persona’ y su precisión. En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Lima, v. 52, nº 2 (1995); v. 53 (1996); v. 54, nº 1 (1997) p. 306].

³⁴ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. Op. cit. pp. 18 y ss.
Además, el español agrega que la dificultad de la conceptualización de la dignidad viene dado quizás porque su contenido va más allá de lo jurídico y linda con la esencia de la naturaleza humana. Entonces se puede considerar que la dignidad le corresponde a todo ser humano por el hecho de serlo, como ser distinto y superior dotado de razón, libertad y responsabilidad. Asimismo debe reconocérsele cuatro niveles o dimensiones: religiosa (por su vínculo de filiación y apertura con Dios), ontológica (debido a que el hombre es un ser dotado de inteligencia, racionalidad, libertad y consciencia de sí mismo), ética (existe autonomía moral: el hombre no es medio ni instrumento de nadie) y social (estima y fama dimanante de un comportamiento positivamente valioso, privado o público, en la vida en relación). [Ibid. pp. 23 y 24].

³⁵ BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. En: BENDA, Ernesto (coord.). Manual de Derecho Constitucional. Op. cit. p. 122.

³⁶ *Rechtsstaat und menschliche Würke*, cit. por Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Op. cit. p. 318.

³⁷ LANDA, César. Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana. Op. cit. p. 181.

sean unas u otras las limitaciones que se impongan a los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”³⁸.

Aparece entonces la dignidad humana como un *minimum* inquebrantable que todo derecho debe incluir. Creemos que esta importancia genérica de la dignidad para los derechos fundamentales crece en su concretización como parte de los derechos al honor y vida privada. Para algunos, configurada de esta manera la dignidad se confunde con la propia naturaleza del ser humano³⁹. Esto es reconocido expresamente por determinadas Constituciones nacionales, sobre todo respecto al honor⁴⁰.

En fin, como cúlmen de este sentido negativo, para Fueyo Laneri, “la persona es un concepto integral inherente al ser humano y sus fines de todo orden, iluminado por valores jurídicos, sociales y filosóficos que le son propios: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad”⁴¹.

Consideraremos finalmente que la base de un principio como el de la dignidad no sólo incluye condicionamientos o márgenes que propia Constitución le impone, sino que va más allá.

Partiendo de considerar a la dignidad como una institución en el país, se afirma que ésta “no autoriza a la arbitrariedad, sino a su ejercicio responsable y presupone al hombre como un ser espiritual y moral, frente a su comunidad y el prójimo” [Ibid. loc. cit.].

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español 120/90, rec. por Carlos RUIZ MIGUEL. El significado jurídico del principio de la dignidad de la persona en el Ordenamiento español. Op. cit. p. 144.

³⁹ Tal como señala AFONSO DA SILVA, para quien la dignidad debe verse como un “*atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente*” [A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. En: Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Público. Montevideo, t. XII, nº 67-71 (jun. 1995 – mar. 1996), p. 111].

Ello es asimismo sostenido por el Tribunal Constitucional alemán, para el cual la dignidad de la persona subyace “la concepción de la persona como un ser ético-espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a sí mismo en libertad” [rec. por Robert ALEXV. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 345].

⁴⁰ Ya no sólo existe una relación lógica entre honor y dignidad sino que la propia Constitución lo reconoce: Angola (artículo 20, en el que se presenta el honor como parte de la persona humana y dignidad humana), Lituania (artículo 22.4), Camboya (artículo 38), Chechenia (artículo 50.2), Belarús (artículo 28), Azerbaiyán (artículo 46), Kazakstán (artículo 18.1), Bulgaria (artículo 32.1, aunque sigue formando parte de la *privacy*), República Eslovaca (artículo 19.1) y Etiopía (artículo 24.1).

⁴¹ Sobre el derecho de la persona. A propósito del nuevo Código de la República del Perú. En: UNIVERSIDAD DE LIMA - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS y ASSLA – ASSOCIAZIONE DI STUDI SOCIALI LATINOAMERICANI. El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano. Op. cit. p. 191.

Y esto lo decimos así porque “[c]onstitucionalizar el principio de ‘dignidad humana’ supone [...] asumir todo el bagaje político–teórico que posee una noción ética conocida y estudiada desde el pensamiento clásico y respetada por concepciones religiosas y políticas (liberalismo, socialismo democrático, democracia cristiana, entre las más importantes) como fundamento de derechos inviolables en los hombres”⁴².

Aunque hablando solamente de la vida privada, pero lo cual también es aplicable al honor, Vásquez señala que “es uno de aquellos que están estrechamente vinculados con la propia dignidad humana. Esto significa que son inherentes a tal condición y requisito indispensable para la realización plena del individuo”⁴³.

A partir de esta consideración de los derechos de respeto propio, se debe evitar su afectación. El respeto de un principio como el de la dignidad persona hace que el centro de toda actuación de una persona centre en la consideración hacia su semejante.

Por eso quizá, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala refiriéndose a los derechos al honor y a la vida privada que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales” (artículo 17.1).

Entonces, la intromisión en el respeto propio puede darse de dos formas: la ilegal será cuando no se encuentra permitida por ley; la arbitraria cuando resulta incompatible con el derecho “por su carácter abusivo, irregular, injusto o irracional”⁴⁴.

1.2.1.2. ¿Derechos de personalidad?

⁴² RODRÍGUEZ, Jesús P. El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: el derecho a la intimidad. En: Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid, año II, nº 3 (may. – dic. 1994), p. 373.

⁴³ Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 48.

⁴⁴ MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Derecho a la intimidad. En: Su Defensor. Bogotá. p. 09.

Además, históricamente tanto el honor como la vida privada se han encontrado relacionadas con el planteamiento civilista de los derechos de la personalidad. Pero, aceptar una concepción como ésta, impediría un desarrollo adecuado de éstos.

Los derechos considerados como de la personalidad⁴⁵ detentan propiedades propias, entre las cuales podemos encontrar:

- son innatos, al venir con el ser humano⁴⁶ (aunque no sólo con el nacimiento, puesto que los concebidos también los poseen);
- son vitalicios, al ser inseparables de la persona;
- son inalienables⁴⁷, al no ser materia de transferencia;
- son absolutos, al conferir un poder inmediato a su titular y ser oponibles *erga omnes*;
- son irrenunciables⁴⁸, es decir, que no pueden sufrir limitaciones voluntarias, salvo las excepciones legalmente constituidas; y,
- son imprescriptibles, al no adquirirse ni perderse con el paso del tiempo.

Tal es el acercamiento de este concepto -derechos de la personalidad- al espacio civilista, que los mismos son recogidos como parte del Código Civil, dentro de la

⁴⁵ Trabajados por Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Op. cit. p. 317; sobre su relación con el respeto propio, Sentencia del Tribunal Constitucional español 117/1994, rec. por Francisco RUBIO LLORENTE. Derechos fundamentales y principios constitucionales. Op. cit. p. 181.

⁴⁶ Los derechos de la personalidad proporcionan al honor y la vida privada "radicación en la persona" [HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Honor, intimidad y propia imagen. Op. cit. p. 25].

⁴⁷ Así para el artículo 5 del Código Civil, los derechos inherentes a la persona humana, "no pueden ser objeto de cesión".

⁴⁸ Expresado de manera clara en el artículo 5 del Código Civil, y recalcado por Carlos CÁRDENAS QUIROZ y Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil italiano de 1942. Op. cit. p. 105. Sin embargo, ello no obsta para que se pueda vender, por ejemplo, la vida privada. Según BULLARD GONZÁLEZ, basándose en el Análisis Económico del Derecho, señala que "[s]i no existiera la privacidad en su acepción de escoger estar solo, no serían objeto de una opción personal", siendo "los valores individuales y las preferencias de las personas los que dan mayor o menor valor al propio espacio privado" [No se lo digas a nadie ¿Se puede

Sección Primera, Personas Naturales, del Libro I, Derechos de las Personas. Como podemos ver este contexto que envuelve esta particularización de los derechos, hace que pierda fuerza gracias a su concepción como derechos-defensa clásicos⁴⁹.

Por lo tanto, aunque son verdaderos derechos fundamentales, se ha seguido identificando al honor y a la vida privada como derechos de la personalidad, desconociéndoles muchas veces sus características de superreforzamiento e igualdad con el resto de derechos protegidos constitucionalmente.

Para entender este tema, se ha señalado que la clasificación de los derechos fundamentales ha estado dada a través de tres grupos⁵⁰: los de la personalidad (como vida, libertad, integridad, honor, vida privada o imagen)⁵¹, los sociales (reconoce la actividad del hombre en sociedad, como el trabajo, la salud, la educación o la asociación) y los cívicos (permite al hombre participar de los cargos públicos, como el voto, formación de partidos políticos o la revocación). Entonces, dentro de este esquema los derechos cada uno de estos conjuntos poseen características similares.

Sin embargo, se ha criticado mucho la concepción misma de esta adhesión: se podrá tener una conducta o una cosa, pero no una personalidad puesto que “el contenido del derecho es un tener, el de la persona un ser”⁵².

Por eso, se ha producido una degradación de los conceptos de los dos derechos de respeto propio. Con respecto al honor, González Pérez ha señalado atentamente que este tema se ha proyectado en tres direcciones: “al reducir el concepto de honor

vender el derecho a la privacidad en el mercado? En: *ius et veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año IX, nº 17 (1999), p. 171].

⁴⁹ Tal como sostiene Eloy ESPINOZA-SALDAÑA B. Notas acerca de la titularidad del derecho al honor, así como sobre la protección de dicho derecho frente a los posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas. Op. cit. p. 06.

⁵⁰ Como lo hace Juan MORALES GODO. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 85.

⁵¹ Es necesario replantear la consideración de derechos personalísimos, sobre todo respecto al honor, debido a que actualmente las posibilidades en que se ofrecen “para articular formas asociativas a través de las cuales la persona pueda expresar intereses individuales como parte de un todo colectivo son muy diversificadas” [CARRILLO, Marc. Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor. En: *Derecho Privado y Constitución*. Madrid, año 4, nº 10 (set. - dic. 1996), p. 92]. También propone la crisis de los derechos de personalidad, Víctor MALPARTIDA CASTILLO. Conociendo el Código Civil. Op. cit. p. 49.

⁵² JELLINEK. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, cit. por Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. El derecho a la intimidad. En: *Revista Jurídica del Perú*. Lima, año XLVIII, nº 14 (ene. - mar. 1998), p. 114.

a la dignidad de la persona; al asignarle un valor inferior al de otros derechos fundamentales al decidir los supuestos de conflicto; y, en definitiva, al debilitar drásticamente la inmunidad que suponía el honor frente a las intromisiones del Poder público”⁵³.

El problema de considerarse a los derechos de respeto propio como meros derechos-defensa⁵⁴ es que se les minimiza. Eso es lo que ha sucedido en la mayoría de las partes del mundo. Se ha dado carta blanca para la afectación de estos derechos fundamentales.

El sentido negativo del respeto propio puede ser encontrado en cierta sentencia de nuestro Tribunal Constitucional: “ningún pronunciamiento de autoridad que atente contra el honor y los derechos de la personalidad humana pueden tener validez jurídica y sustento constitucional, sin la debida y comprobada justificación”⁵⁵. Esto refleja básicamente el sentido del respeto propio como ‘función garantista’⁵⁶.

Además, “[p]aralelamente a todo el bien que hacen y que son capaces de hacer, los medios de comunicación pueden ser a la vez eficaces instrumentos de unidad y comprensión mutua y transmisores de una visión deformada de la vida, de la familia, de la religión y de la moralidad -según una interpretación que no respeta la auténtica dignidad ni el destino de la persona humana-”⁵⁷ impidiéndose, de esta

⁵³ La degradación del derecho al honor. Op. cit. p. 29

⁵⁴ Recordemos tan sólo la consideración por parte de ROYER-COLLARD en el siglo XIX de la vida privada como ‘amurallada’ [cit. por Jaime FERNÁNDEZ DE ZUBIRÍA. Derecho de privacidad, derecho internacional y derechos humanos. Op. cit. p. 44].

⁵⁵ Sentencia S-393, del 13 de agosto de 1997, Expediente nº 723-96-AA/TC, procede de Lima, Acción de Amparo, Caso José Antonio Silva Vallejo, rec. por Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Op. cit. t. III, p. 128.

Es importante apuntar, también, que en el Reglamento del Congreso, se señala que “dentro de las investigaciones se salvaguardará el respeto de los derechos a la intimidad y al honor de las personas, así como el secreto profesional y los demás derechos constitucionales” (artículo 88.d). Esta norma está en concordancia con el artículo 97 de la Constitución, según el cual, dentro de las investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, las comisiones del Congreso podrán “acceder a cualquier información, la cual puede implicar el levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria; excepto la información que afecte la intimidad personal”.

⁵⁶ PARELLADA, Carlos. El derecho de la persona y la informática. En: Alberto J. BUERES (dir.). Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. t. I, p. 350.

⁵⁷ PONTIFICIO CONSEJO PARA LAS COMUNICACIONES SOCIALES. Pornografía y violencia en las comunicaciones sociales: una respuesta pastoral. El Vaticano, nº 7 (1989).

Además, según MORALES GOOD, la lucha permanente del ser humano ha sido por su libre desarrollo personal, pero el progreso de la ciencia -y con ella de los medios de comunicación social-, “ha provocado una serie de interrogantes de carácter ético, legal y político por los daños que pueden ocasionar al propio ser humano” [El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 227].

forma, que se respete el desarrollo integral de la persona que comprende “la dimensión cultural, trascendente y religiosa del hombre y de la sociedad”⁵⁸. Así, un derecho como la vida privada “plantea la necesidad de establecer límites sobre lo que se puede saber y difundir de las personas. Ciertas esferas de llamada vida privada deben quedar fuera de los sistemas de información, permitiendo a las personas sustraerlas del conocimiento de los terceros”⁵⁹.

Básicamente el problema fluye, como lo veremos en el capítulo siguiente, del contacto con otros derechos como los de comunicación del discurso. El rol del honor y la vida privada se considera secundario, dándosele una tutela menor que aquéllos. Sin embargo, ello no debería ser causa de ventajas, si es que éstos respondieran a una cierta tutela efectiva. En realidad, tanto unos como otros, son derechos fundamentales. Ambos requieren de una eficacia real. Pero las construcciones jurisprudenciales, legislativas y doctrinarias no han dado el resultado requerido.

Siguiendo a Muñoz Machado (aunque sólo se refiere al honor, este enunciado es perfectamente compatible con lo que sucede con la vida privada) expresaremos que “[...] el sistema no funciona. Los excesos en el uso de la libre información no resultan corregidos, la protección del honor y dignidad de las personas no tienen cauces satisfactorios y, en fin, el equilibrio teórico del sistema está hecho trizas en la práctica”⁶⁰.

Pese a que “el sacrificio, la pasividad, la resignación ante la injusticia es una reacción del administrado debida principalmente a la imagen poco atractiva de las garantías procesales”, señala González Pérez que quizás mayor protección recibe la vida privada que el honor, y esto debido a que “falta la conciencia del honor, de la propia estima y reputación”, teniendo frente a ella, una ligera reacción por parte de los titulares de la vida privada, no por el respeto verdadero de su derecho sino

⁵⁸ JUAN PABLO II. *Sollicitudo rei socialis* [46; AAS, LXXX (1988)].

⁵⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. No se lo digas a nadie. Op. cit. pp. 166 y 167.

porque éstos “se enfrentan con medios de comunicación sensacionalistas que han osado en dar publicidad a lo que se había hecho público sin pagar el precio en el que el sujeto valoraba su exhibicionismo”⁶¹.

1.2.2. **Ámbito positivo**

Aunque seguimos sumidos en una consideración de los derechos de respeto como puros y clásicos derechos subjetivos, han existido propuestas rectificatorias interesantes sobre el tema.

Para algunos, como Sagüés, la dignidad de la persona no sólo debe entenderse como una garantía negativa (de imposibilidad de atacarla), sino como una posibilidad activa, recogida en el libre desarrollo de la personalidad⁶². En estricto, es como se dice en la Jurisprudencia Comparada: la norma de la dignidad de la persona subyace “la concepción de la persona como un ser ético–espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a sí mismo en libertad”; en ese sentido, el individuo no será uno “aislado y totalmente dueño de sí, sino (...) referido a y vinculado con la comunidad”⁶³.

Por eso, el juez Pettiti ha planteado una serie de exigencias de tipo institucional y garantista, aunque sólo respecto a la vida privada⁶⁴: necesidad de un juez independiente; control de éste sobre los oficiales de policía judicial; exclusión de artificios para ‘provocar’ la autoinculpación; respeto por la confidencialidad de relaciones entre abogado y sospechoso; precisión de las personas que podrían ser

⁶⁰ Información y derecho al honor: la ruptura del equilibrio, cit. por Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 12.

⁶¹ La degradación del derecho al honor. Op. cit. pp. 71 y ss.

⁶² El concepto constitucional de ‘Dignidad de la Persona’ y su precisión. Op. cit. p. 306.

En contra, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, la dignidad de la persona no representa sino el ámbito subjetivo de todo derecho [La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos fundamentales. Op. cit. p. 78].

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfGE 45. 187 (227), rec. por Robert ALEXY. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 345.

Tras recordar la inmensa importancia de este principio constitucional debemos señalar la cuádruple función que cumple: fundamenta el orden jurídico, orienta la interpretación del mismo, sirve como base para la función integradora y limita la actividad abusiva de algunos derechos fundamentales [NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La dignidad de la persona, derechos esenciales y derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. En: *Ius et Praxis*. Derecho de la región. Talca, año 3, nº 2 (1997), p. 113].

⁶⁴ Propuesta dentro de la Sentencia del Tribunal Europeo en el Caso Malone (82, 1984), a la que se han agregado las dos últimas garantías gracias a las Sentencias Kruslin (A 176-A, 36, 1990) y Niemitz (A 251-B, 37, 1992), rec. por Carlos RUIZ MIGUEL. El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Madrid: Cívitas, 1994. pp. 70 y ss.

puestas bajo escucha policial; definición de la naturaleza de las infracciones a que den lugar los abusos en el ejercicio de esta potestad; fijación de un límite en la duración de esta medida; determinación de las condiciones de establecimiento de los procedimientos verbales de síntesis consignando las conversaciones interceptadas; establecimiento de precauciones para mantener intactas las grabaciones realizadas; concreción de circunstancias para borrarse o destruirse las cintas; y, existencia de una limitación del mandato de registro del domicilio.

Además, si bien el hombre está precisado a vivir en sociedad, desde una perspectiva filosófica y antropológica, además necesita custodiar un respeto personal el cual conlleve su fortalecimiento espiritual. A partir de este contorno individual, podrá crear, pensar, meditar y encontrarse consigo mismo. Quizás muchos no se percatan de la necesidad de este respeto, pero si tomáramos conciencia de su conveniencia, podríamos actuar como verdaderos seres racionales y no como simples ovejas de un rebaño.

Así, los derechos de respeto propio pueden permitir a cada sujeto revalorar su sentido dentro de la sociedad, así dejar de ser un hombre-masa, y perder la individualidad del ser humano (no ser como un animal que se deja llevar por el grupo, ni ser un ente que se deja enamorar por actos de primera ilusión). El hombre en una sociedad como la actual debe reencontrarse consigo mismo, debe aprender a razonar y a reflexionar sobre cada acción que realice; debe ser igual a los demás.

Y es que no se puede desconocer la dicotomía de toda persona de tener tanto una dimensión social y una individual, y es que “yo soy, yo y mi circunstancia”⁶⁵. Por eso afirma Solozábal, estos derechos “contienen algo más que una garantía de no interferencia del Estado o la exigencia de que si la misma se produce tenga lugar

de acuerdo con las reservas legales legales (no son meras determinaciones competenciales negativas). Aseguran una libertad de desenvolvimiento o libertad de actuación y configuración en ámbitos vitales concretos⁶⁶. Y la razón de su tutela es, como señaláramos un tiempo atrás, “la búsqueda de una tutela efectiva a las condiciones y los instrumentos inmediatos de que dispone el hombre para realizarse plenamente como ser libre”⁶⁷.

En el caso del honor, la persona requiere una credibilidad social para poder interactuar. La necesidad de aparecer ante los demás en situación de semejanza es una de las preocupaciones constantes del ser humano. Su existencia real “favorece el desarrollo psico-social de la persona, su bienestar y su autoestima”⁶⁸.

Con la vida privada, por su lado, el ser humano muestra la capacidad de ser libre - no libertino- para poder cavilar serenamente sobre cómo podrá actuar correctamente, sobre cómo utilizar esta libertad de la forma más conveniente, todo ello enmarcado en un fin último a ser realizado por la persona. Pero, el hombre no es un ser aislado, substraído de la sociedad, sino inserto en ella. Y es que “así como el ser humano se vuelca hacia el exterior, también tiene una faceta en su existencia que la reserva para sí y su familia, una faceta de recogimiento, de ensimismamiento, necesaria e indispensable para el equilibrio y desarrollo de su personalidad”⁶⁹. Sin embargo, si partimos de la relación entre este derecho y el mercado, concluiremos que “extender a la privacidad más allá del ámbito de lo que se necesita para definir que es la autonomía privada y la libertad de elección, es convertir ese derecho en una barrera para el propio desarrollo de las personas”⁷⁰.

Pero debemos percatarnos que este esquema encuentra un marco complicado en la realidad. La socialización invade todos los ámbitos de la persona. Este fenómeno se debe quizás a la masificación social, la concentración urbana o al

⁶⁵ Frase propuesta por ORTEGA Y GASSET. *La rebelión de las masas*. México: Planeta Artemesi, 1985. p. 17, quizás recogiendo la propuesta MARX respecto a la dualidad de elementos que contiene el ser humano: uno individual y otro social

⁶⁶ La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 101, retomando los postulados de SCHNEIDER.

⁶⁷ MONTOYA CHÁVEZ, Victorhugo y Paolo TEJADA PINTO. *Comunicación: ¿conflicto de derechos?* - Discurso. Lima: Inédito, 1995. p. 03.

⁶⁸ ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información*. Op. cit. p. 16.

Para UGAZ SANCHEZ-MORENO, estos derechos además de posibilitar el pleno desarrollo de la personalidad de la persona, también “constituyen el presupuesto necesario para posibilitar su participación social” (*Libertad de expresión y ley penal*. Op. cit. p. 157).

⁶⁹ MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Op. cit. p. 45.

⁷⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *No se lo digas a nadie*. Op. cit. pp. 179 y 180.

intervencionismo estatal⁷¹, pero lo central es que los derechos de respeto propio no pueden desaparecer ni ceder ante estas circunstancias. Entonces podemos decir que “la razón del reconocimiento de estos derechos es la búsqueda de una tutela efectiva a las condiciones y los instrumentos inmediatos de que dispone el hombre para realizarse plenamente como ser libre”⁷².

En el sentido mostrado, los derechos de respeto propio asumen un rol participativo en la sociedad, de actividad propiamente dicha y se desliga de un condicionamiento clásico del que participa básicamente su concepción como ‘derecho público subjetivo’.

Un tema adicional está referido a la función democrática de los derechos de respeto propio. Creemos que si dejamos de darle la importancia que se merecen en el Ordenamiento Jurídico a derechos fundamentales como los que presentamos en este capítulo, estamos traicionando la voluntad del constituyente de considerarlos como la base del sistema, puesto que si bien dentro de las teorías institucionalista, democrática y social, el honor y la vida privada no representan el valor auténtico de creación y fortificación de la democracia, sí cumplen estas funciones de modo indirecto.

Se ha de considerar tanto el honor como la vida privada como el fundamento de la libertad de las personas. Y esto porque “[s]in libertad no hay democracia, y sin respeto a la vida privada, no hay libertad, ni posibilidad de desarrollo libre de la personalidad”⁷³. Este argumento puede ser utilizado igualmente para el honor.

Ha debido olvidarse quizás ubicar a los mal denominados derechos-defensa - concepto que sigue una lógica liberal-, dentro de un razonamiento democrático. Y

⁷¹ FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil: A la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982. p. 182.

⁷² MONTOYA CHÁVEZ, Victorhugo y Paolo TEJADA PINTO. Comunicación: ¿conflicto de derechos? Op. cit. p. 01.

⁷³ MORALES GODD, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto la libertad de información. Op. cit. p. 116.

es que debemos entender a la democracia como “una forma de estado o de organización política (y no una mera forma de gobierno) que para situar a la persona humana reconoce y respeta su dignidad y su libertad, a la par que tutela, garantiza y promueve sus derechos. Este es el núcleo esencial que sirve de anclaje a todo lo demás”⁷⁴. Además, la democracia se debe fundar en la dignidad⁷⁵.

Para Schneider, los derechos de autonomía son antes que ser negativos, verdaderos derechos de libertad activa, de autodeterminación de su titular en el ámbito a que los mismos se refieran. Considera errada la posición de Häberle respecto a considerarlos como meros derechos subjetivos públicos (en su concepción liberal), ya que estos derechos no pueden ser vistos como fundamento esenciales para la democracia, al no tener relevancia política; y, sólo indirectamente estos derechos adquirirán este relieve⁷⁶.

Dentro de este razonamiento, los derechos a la vida privada y al honor aparecerán como auténticos medios para que se coadyuve la democracia en el país. ¿Qué sucedería si en un país que se jacte de democrático empieza a vulnerarse de manera continua y sistemática los derechos fundamentales? Eso desestabilizaría el sistema: no es un Estado democrático de ciertos derechos, es uno que promoverá y defenderá todos y cada uno de ellos, independientemente de sus características o extensión.

Además, y tal como lo expresáramos en la Parte I, los derechos fundamentales no sólo responden a principios como lo son la soberanía del pueblo, el Estado de democrático de derecho y la forma republicana de gobierno, sino también y en igual grado de importancia a la dignidad de la persona. Entonces, se debe acoger

⁷⁴ BIDART CAMPOS, Germán. La inserción de la persona humana en el Estado democrático. Op. cit. p. 68.

Dentro de su argumentación, el argentino señala que en un Estado democrático se debe ubicar a la persona humana en base a su dignidad, a una libertad real distribuida igualitariamente en forma razonable -para que no se caiga quizás en el libertinaje- y a una igualdad real de oportunidad y trato [Ibid. p. 69].

⁷⁵ En el mismo sentido, AFONSO DA SILVA, quien ha señalado que “a Constituição tutela a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, de modo que nem mesmo um comportamento indigno priva à pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas” [A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Op. cit. p. 113].

⁷⁶ SCHNEIDER expresa que la intervención del legislador en estos derechos, aparece como meramente tuitiva y exterior, no constitutiva (una actuación activa, de autodeterminación y ‘señorío sobre su propia conducta’), ya que honor y vida privada han de ser determinados por el propio titular [Der

la diversidad de cometidos que tiene la Constitución y que son expresados a través de la teoría multifuncional.

En este punto quizás debemos revalorar el significado del pensamiento de Schneider y su crítica a la teoría institucional. El nuevo significado de los considerados derechos-defensa es evidente.

Algo más complejo con respecto a estos derechos, pero sobre relacionado con la vida privada, se da en su configuración positiva como ‘derecho de prestación’, al requerir del Estado medidas necesarias para su ejercicio adecuado.

Según Ruiz Miguel, refiriéndose a la experiencia europea, “si bien el objeto del artículo 8 es esencialmente la protección del individuo frente a interferencias arbitrarias del poder público, no obstante el Estado no sólo debe abstenerse de tales ingerencias, sino que junto a esa obligación de carácter negativo existen asimismo aquellas obligaciones positivas que el respeto efectivo a la vida familiar implica”⁷⁷.

2. Los elementos configuradores

A diferencia de lo que observamos en el Capítulo Tercero, respecto a la comunicación del discurso, en el caso del respeto propio, estamos frente a una configuración en forma de constitución. El contenido a asignarle, por tanto, es total. El enunciado normativo que nos presenta el artículo 2.7 es sumamente limitado, y no nos presenta idea alguna sobre qué entender sobre honor y vida

Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach art. 19 Abs. 2 G.G.; cit. por Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. [Op. cit. pp. 99 y ss.].

privada. Por lo tanto, la labor que realizaremos a continuación será sumamente importante y significativa.

2.1. Componentes objetivos

Ya adelantábamos que existe un amplio desarrollo doctrinal en este punto. Los intentos por encontrar el bien jurídico tutelado en ambos casos ha sido muy fructífero, pero relacionándolo con los supuestos de hecho, el principal desarrollo se centra en la vida privada.

2.1.1. Los bienes jurídicos tutelados

Es muy fácil, tal como ya lo expresáramos, descubrir el bien jurídico tutelado en las normas expuestas en el artículo 2 de nuestra Constitución. Así los del inciso 7, han de ser dos: el honor y la vida privada. Pero, ¿qué entendemos por cada uno de ellos?

Muchos los han considerado nociones flexibles y circunstanciales⁷⁸ y consideran su delimitación como una imposibilidad teórica. Sin embargo, esta postura la

⁷⁷ El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 67, siguiendo el razonamiento del Tribunal Europeo en el caso Marcks (A 31, 31, 1979).

⁷⁸ Respecto al honor. Aurelia María ROMERO COLOMA. Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Op. cit. p. 05 (aunque luego se rectifica: concebirlo como "algo ideal e inmaterial no nos debe llevar a pensar sea vago" [Ibid. p. 07]); Xavier O' CALLAGHAN. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 38; BAJO FERNANDEZ. Manual de Derecho Penal, cit. por Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 20 ("[e]l jurista debe de renunciar a tener un concepto inequívoco de honor, dada la pluralidad de la expresión"); César SEMPERE RODRÍGUEZ. Artículo 18. Op. cit. p. 457; Eduardo ESTRADA ALONSO. El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 05 de mayo. Op. cit. p. 22 (el honor es un "un concepto disgregado; relativo y complejo"); Marc CARRILLO. Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor. Op. cit. p. 97; José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ. Honor, intimidad e imagen. Op. cit. p. 27 ("el honor es un sentimiento y los sentimientos es más fácil sentirlos que definirlos").

Respecto a la vida privada. Marcelo BAUZÁ REILLY. Las libertades y la información. En: Revista de la Facultad de Derecho. Montevideo, nº 5 (jul. - dic. 1993), p. 93; el YOUNGER COMMITTEE inglés. *Privacy on the Law (1972)*, cit. por Miguel Ángel EKMEKDJIAN y Calogero PIZOLLO. Hábeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática. Buenos Aires: Depalma, 1996. 2ª ed. p. 20 (concluye que no es posible definir *privacy*); Xavier O' CALLAGHAN MUÑOZ. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 105; NERSON. *La protection de la vie privée*, cit. por Fernando HERRERO-TEJEDOR. Honor,

consideramos simplista y cómoda. Como ya lo afirmamos, el problema teórico de los derechos fundamentales requiere de una solución basada en la definición de conceptos. La labor es complicada, pero no la rehusamos.

2.1.1.1. El bien jurídico honor

El honor se presenta como el bien jurídico tutelado no solamente en el ámbito constitucional -dentro del conocido artículo 2.7- sino además en otras ramas del Derecho.

Dentro de Código Civil se protege al honor de dos formas: de manera explícita en el artículo 5 del Código Civil y de forma indirecta, a través de evitar la injuria grave, en los artículos 333.4 (como causal de separación de cuerpos), 744.1 (como causal de desheredación de los descendientes) y a través de evadir la vida deshonrosa, en el artículo 744.4. También se presenta como el bien jurídico tutelado en el ámbito penal dentro de los delitos contra el honor (Título II del Libro Segundo, artículos 130 y ss.).

Pese al reconocimiento legal de un derecho fundamental, en la mayoría de veces somos testigos de cómo vapulean este bien jurídico. Pero, “confiemos en que pueda llegar un día en que en todos y cada uno de nuestros pueblos se vuelva a tener conciencia de que el honor es algo más que la fidelidad a nosotros mismos”⁷⁹.

Con respecto a este bien jurídico se han propuesto un sinnúmero de alternativas. La revisión de argumentos fácticos, normativos e intermedios han dado la voz de

intimidad y propia imagen. Op. cit. p. 82; Eduardo NOVDA MONREAL. Derecho a la vida privada y libertad de información. Op. cit. p. 42; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 303.

En suma, lo que se debe proponer es promover un concepto aprehensible, “con el suficiente substrato material para que pueda cumplir las funciones que le están encomendadas” [ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. pp. 26 y 27].

⁷⁹ GÓNZALEZ PÉREZ, Jesús. La degradación del derecho al honor. Op. cit. p. 96.

alerta de la complejidad del tema. A continuación presentaremos esquemáticamente algunas de estas propuestas.

A. Posturas fácticas

Éstas son las que han prevalecido a lo largo de muchos años pero que hoy casi no tienen partidarios. Según los fácticos, el honor surge de lo que la realidad nos presenta: lo que uno mismo piensa de sí, o lo que la comunidad considera lo correcto. Por eso, puede presentarse en una doble vertiente⁸⁰: como honor subjetivo o como objetivo.

Tal como ya lo adelantáramos, en el artículo 2.7 de nuestra Constitución, el legislador dando muestras del poco manejo de este tema prefirió usar una denominación mixta del derecho: honor y buena reputación conjuntamente. Sin embargo, si bien esa es la idea primigenia del constituyente, debemos ser conscientes de la trascendencia actual de los mismos y de la doctrina de la *Living Constitution*, para dejar de lado esta propuesta. En este bosquejo lo que estamos protegiendo básicamente es un 'honor aparente'.

a. Esquema subjetivo

Considerado como mismidad, honra⁸¹, inmanencia o autoestima, retoma los postulados psicológicos del honor. Por él debe considerarse la autovaloración, el aprecio que cada persona tiene de sí misma. El honor existirá siempre que uno lo

⁸⁰ A ella hacen referencia Eduardo ESTRADA ALONSO. El derecho al honor. Op. cit. p. 25; José URQUIZO OLAECHEA. Los delitos contra el honor en el nuevo Código Penal. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Lima, año I, nº 1 (ene. - jun. 1993), pp. 221 y ss.; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 56 y ss.; Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p.

⁸¹ Éste es el caso de Chile, artículo 19.4 (y no sólo es una honra personal, sino también familiar).

experimenta, siendo improbable encontrar una persona sin honor, aunque si no lo siente, no lo tiene.

Éste es el concepto propiamente para el término honor que asume nuestra Constitución (artículo 2.7). Si, tal como lo veremos a continuación, la buena reputación es lo que conocemos como honor objetivo, entonces lo que para el constituyente es honor es el subjetivo.

Debemos agregar que este honor es lesionado por todo que humilla el sentimiento de la persona⁸².

Sin embargo, este concepto no debe ser considerado como válido. Así, si una persona tiene una fuerte autoestima, mayor a las demás, podrá no sentirse afectada con un acto que a otra afectaría (tal como sucede con el político de piel endurecida). En caso contrario, se afligirá ante cualquier crítica en contra suya.

b. Esquema objetivo

También llamado buen nombre⁸³, trascendencia, exterioridad, buena reputación⁸⁴ o buena fama, retoma los postulados sociológicos del honor. Acá el honor se forma según las valoraciones de los terceros.

Para Cornejo, quien acoge esta vertiente, el honor es el derecho que tiene toda persona, al cumplir sus obligaciones ciudadanas, de ser juzgado como poseedor de

⁸² En este sentido, Raúl PEÑA CABRERA. Tratado de Derecho Penal. Op. cit. t. I, p. 333; Enrique BERNALES BALLESTEROS y Marcial RUBIO CORREA. Constitución y Sociedad Política. Op. cit. p. 45, retomado por Enrique BERNALES BALLESTEROS. Constitución de 1993. Op. cit. p. 103; Luis BRAMONT ARIAS y Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES. Código Penal Anotado. Lima: San Marcos, 1995. p. 344; Enrique CHIRINDS SOTO. La Constitución de 1993. Op. cit. p. 24.

⁸³ Sólo en el caso de Jamaica, artículo 22.2, aunque aparece como un límite a los derechos de comunicación del discurso.

⁸⁴ Son muy pocas las Constituciones que asumen esta denominación: Dominica en su artículo 10, Etiopía en el 24.1 y Hungría en el 59.1. Conjuntamente con el buen nombre, Constituciones de Portugal (artículo 33.1).

su pleno valor social⁸⁵. Además, debe tomarse en cuenta la ‘circunstancialidad’ del honor: la opinión, los hábitos y las creencias sociales determinan en su momento cuándo se tiene fama y cuándo no⁸⁶.

Existe Jurisprudencia Nacional, según la cual el honor es más “concepto social, apreciaciones y valoraciones de terceros que autoapreciaciones y/o valoraciones del mismo individuo”⁸⁷; en fin, también para el desaparecido Tribunal de Garantías Constitucionales, el honor objetivo debe preferirse al subjetivo⁸⁸.

Pese a que nosotros consideramos que la honra es la parte subjetiva, para Soria, el honor es el crédito moral que busca reconocimiento legal y que recién posee protección jurídica cuando trasciende socialmente, y justamente a esto último es lo que debe llamarse como ‘honra’⁸⁹.

Tampoco es valedera esta noción. De este modo, si una prostituta o un presidiario buscan tutelar su honor, éstos se verían seriamente afectados por las consideraciones sociales –prejuicios- que tendrían para con ellos. Se negaría en la realidad, a través de una visión social, el honor de estas personas. Así, el Derecho no podría replegarse ante un realidad social completamente injusta.

c. Esquema mixto

⁸⁵ Comentarios al nuevo Código Penal. Lima: s/e, 1926, p. 77.

⁸⁶ Según refiere José URQUIZO OLAECHEA. Los delitos contra el honor en el nuevo Código Penal. Op. cit. p. 223.

⁸⁷ Sentencia del 1º Tribunal Correccional de Lima, Expediente 358-88, rec. por CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA. Jurisprudencia Penal. Lima, t. III, p. 85. En otra sentencia también se ha afirmado que el honor es “la estimación y el respeto que toda persona goza frente al conglomerado social” [Caso José Andrés Palacios Romero y Albino de la Cruz Ríos c/ Luis Coli Lozada, Sentencia del 12º Tribunal Correccional de Lima, Expediente 6-87, Delito de calumnia, rec. por Manual de Legislación Penal. Código Penal. Op. cit. p. 323].

⁸⁸ Sentencia 358-88/1/TC, rec. por Víctorhugo MONTROYA CHÁVEZ y Alejandro NEYRA SÁNCHEZ. Con miedo al medio. Op. cit. p. 132.

Por su parte, la Corte de Casación de Italia, ha señalado -aunque acercándose al concepto de identidad- que todo sujeto de derecho “tiene interés en que en el exterior no se altere, desnaturalice, ofusque, conteste, su propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc... tal como se había exteriorizado o aparecía, en base a circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social” [Sentencia del 22 de junio de 1985, rec. por COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Protección de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 17].

⁸⁹ Derecho a la Información y Derecho a la Honra. Barcelona: ATE, 1981. p. 23.

Pero, para la mayoría de los fácticos, la protección del honor se da por la suma de los dos componentes antes estudiados. Entonces el honor posee dos componentes, uno objetivo y uno subjetivo.

Una buena definición de este esquema mixto⁹⁰ la podemos encontrar en el famoso Código Rocco de 1929, para el cual este bien jurídico “encierra en sí mismo una doble noción. Entendido en sentido subjetivo, se identifica con el sentimiento que cada uno tiene de la propia dignidad moral, y designa la suma de los valores morales que el individuo se atribuye a sí mismo, es precisamente esto lo que generalmente viene siendo denominado honor en sentido estricto. Entendido, en cambio, en sentido objetivo es la estima o la opinión que los demás tienen de nosotros; es decir, representa el patrimonio moral que deriva de la consideración ajena y que, con términos claramente entendibles, se denomina reputación”⁹¹.

Aún cuando la fórmula asumida por nuestra Constitución (artículo 2.7⁹², el cual reconoce conjuntamente el honor y buena reputación) y el Código Civil (artículo 15)⁹³ va en ese sentido, nos preocupa la reciente Jurisprudencia Nacional. En la Sentencia 331-97, dentro del Expediente 018-96-I/TC, nuestro Tribunal Constitucional, con motivo de la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo

⁹⁰ Se adscriben a ella, los BRAMONT ARIAS. Código Penal Anotado. Op. cit. pp. 344 y 345 (aunque no debe olvidarse el sustento que tienen en la dignidad de las personas); Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. Derecho a la identidad personal. Op. cit. p. 189; Eduardo NOVDA MONREAL. Derecho a la vida privada y libertad de información. Op. cit. p. 75; Jorge A. CARRANZA. Los medios masivos de comunicación y el derecho privado. Op. cit. p. 92; Enrique BERNALES BALLESTEROS y Marcial RUBIO CORREA. Constitución y Sociedad Política. Op. cit. pp. 89 y 90; Jorge E. CÓRDOBA y Julio C. SÁNCHEZ TORRES. Derechos personalísimos (o de la personalidad o *iura in persona ipsa*). Córdoba: Alveroni, 1996. p. 49 (la división entre lo subjetivo y lo objetivo es teórica). Para la COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, el bien jurídico honor está compuesto por el honor propiamente dicho (percepción que el propio sujeto tiene de su dignidad o valoración que la propia persona hace de sí misma, independientemente de la opinión de los demás), la honra (reconocimiento social del honor, que se expresa en el respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad) y la reputación (juicio que los demás guardan sobre nuestras cualidades, ya sea morales, personales, profesionales o de cualquier índole). Un concepto verdadero es la conjunción de estos elementos [El derecho al honor, honra y reputación. En: Página web de la Comisión Andina de Juristas. <http://www.cajpe.org.pe/rij/sistema/ddhh/pe.htm>].

⁹¹ ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 20.

⁹² Utilizan esta fórmula, las Normas Fundamentales de Bulgaria (artículo 32.1, como ya decíamos dentro de la *privacy*), Venezuela (artículo 60), Croacia (artículo 35), Estonia (artículo 17), Armenia (artículo 20; se busca defender el honor y reputación de un ataque injustificado) y Andorra (artículo 14). Sin embargo, existen otras opciones también dentro de la posición mixta, como reconocer la relación entre honor y buen nombre (artículos 19.1 de la Constitución de la República Eslovaca y 23 de la de Rusia), entre honor, reputación y buen nombre (artículo 38 de la Constitución de Cabo Verde), entre honra y reputación (artículo 19.3 de la Constitución de Ecuador, 37 de la de Panamá, aunque señala reputación u honra, pudiéndose considerar entonces como sinónimos) y 26.3 de la de Nicaragua) y entre honra y buen nombre (artículos 2 y 21 para honra, y 15.a para buen nombre, de la Constitución de Colombia).

⁹³ El asentimiento de la utilización de la imagen y la voz, no debe regir en caso se atente “contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien correspondan”. Sin embargo, en un artículo precedente (el 5) sólo se presenta como derecho al honor.

respecto a la inconstitucionalidad del artículo 337 del Código Civil⁹⁴, se acoge a la teoría fáctica del honor, recogiendo los presupuestos presentados por la Defensoría del Pueblo. Entonces, las dos instituciones que mejor conocimiento deberían tener del contenido de los derechos fundamentales habían usado concepciones bastante rezagadas, tanto en doctrina como en Jurisprudencia Comparada. Para el Tribunal Constitucional, existiría por ende un honor interno y otro externo: según el primero, se debería analizar “la apreciación que de sus propios valores y virtudes tiene” cada persona; por el honor externo, “la percepción que tienen los demás respecto a los valores y virtudes de cada persona”⁹⁵.

Lo que se debe criticar fundamentalmente a esta postulación mixta es la incompatibilidad del honor con la igualdad, el pluralismo y la seguridad jurídica, valores que deben regir nuestro Ordenamiento. La decisión del juez se hará altamente subjetiva⁹⁶.

Así, de un lado, en el honor objetivo se deja a la sociedad calificar un derecho del hombre y se impide a la persona tener una segunda oportunidad, desconociéndose el respeto de su derecho, por ejemplo, a ‘personas socialmente reprobadas’; de otro, en el honor subjetivo, la persona puede tener una idea equivocada de sí misma -en casos extremos, véase a los acomplejados y a los soberbios-. Por estos motivos, debe abandonarse estas concepciones fácticas.

B. Posiciones normativas

⁹⁴ Que señalaba que “[l]a sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges”.

⁹⁵ Rec. por Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Acción de Amparo. Hábeas Corpus. Acción de Cumplimiento. Acción de Inconstitucionalidad. Conflicto de Competencias. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, T. III, pp. 999 y ss.

⁹⁶ “Veamos: el sujeto puede alimentar una exagerada y errónea estima de sí mismo, mientras que a los demás componentes del grupo social puede no merecer ninguna y viceversa” [URQUIZO OLAECHEA, José. Los delitos contra el honor en el nuevo Código Penal. Op. cit. p. 232].

Existen diversas vertientes dentro del ‘honor normativo’. Todas ellas se han de basar en un concepto sustentado, tal como su propio nombre lo dice, en normas, ya sean éstas sociales, éticas o jurídicas⁹⁷. Estas concepciones, surgidas del neokantismo y la fuerte relación Derecho – Ética, nos llevan a considerar un ‘honor merecido’.

a. Dirección social

Esta primera concepción normativa, que es una dualidad de origen italo-germánico, considera que el honor debe referirse a los juicios de valor que la sociedad posee de los individuos.

Esta postura doctrinal asume los criterios que dominan o conducen a una sociedad determinada. No está referida, como en la teoría fáctica-objetiva, a lo que la sociedad ‘piensa’ de uno, sino, como señala Sauer y Messina, medir a cada persona en estándares predispuestos⁹⁸.

No obstante, este concepto estaría introduciendo nuevamente concepciones fácticas y dividiría al honor en tantas zonas como espacios en los que la persona se desarrolla. Por ambos peligros, esta construcción ha de ser descartada.

b. La dignidad cristiana

⁹⁷ Tal como lo reconoce Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 58 y ss.; seguido por Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Temas de Derecho Penal. Op. cit. p. 251; Eduardo ESTRADA ALONSO. El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo. Op. cit. p. 26. Aunque para la Jurisprudencia Comparada, el honor al tratarse de “un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento [...]”, encaja sin dificultad, por tanto, en la categoría jurídica de conceptos jurídicos indeterminados” [Sentencias del Tribunal Constitucional español 223/1992 y 76/1995, rec. por Fernando HERRERO-T EJEDOR. Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Op. cit. p. 24].

⁹⁸ Concepto propuesto por SAUER [*Di Ehre und ihre Verletzung*] y G. MESSINA [*Teorie generale dei delitti contro l' honore*], ambos citados por Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 22.

El honor también puede ser entendido con un fundamento en la dignidad del ser humano ya que debe ser reconocido desde el momento de su nacimiento. La inspiración cristiana del honor se encuentra fácilmente ubicable en este concepto.

Ha recogido los postulados propuestos por la Iglesia. La dignidad del ser humano es algo substancial en la comprensión, respeto y consideración por el hombre⁹⁹.

Entonces, el honor surge de una concepción moral, que lo relaciona “con la idea de merecimiento, extraído de un código moral, generalmente vinculado a una determinada confesión religiosa”¹⁰⁰.

Una propuesta como ésta termina afectando el sentido moderno de un derecho fundamental como el honor puesto que sólo lo reconoce respecto a seres humanos, y niega la posibilidad de concepción como titulares a las personas jurídicas.

c. La relación de reconocimiento

Toma al honor como aquellas relaciones de reconocimiento que permite al hombre hacerse identificable ante los demás, asumiendo la libertad y soberanía de las personas.

⁹⁹ CASTÁN VÁZQUEZ, cit. por Eduardo ESTRADA ALONSO. El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo. Op. cit. p. 27.

¹⁰⁰ VIVES ANTÓN, T. S. Delitos contra el honor. Op. cit. p. 674.

La persona en su vida diaria entra en contacto con sus semejantes, motivo por el cual despliega relaciones con ellos para que dentro de un contexto social, la hagan reconocible como única¹⁰¹. De esta manera, este bien jurídico se encuentra muy cercano al derecho a la identidad.

Sin embargo, este planteamiento vuelve a pecar de falta de seguridad jurídica, debido a que las referencias generales se van perdiendo y se sustituyen por términos decididamente individualistas.

d. Apreciación social del ser humano

El honor debe ser identificado con la dignidad humana. Y ésta debe entenderse como el ser respetado ante los demás y no despreciado ni humillado ante uno mismo ni ante los demás.

Una solución como ésta¹⁰², si bien es interesante solamente nos indica principios que sustentan el derecho al honor: es, según O'Callaghan, "llegar a una conclusión que es el punto de partida común"¹⁰³. Entonces, el honor es un valor que acompaña a la persona desde que comienza su existencia, no tiene que ver con un valor de 'recompensa'.

En un sentido similar, Espinoza Espinoza señala que "[e]ntre el honor 'minimal' (igual para todos), y el honor (o la reputación) 'personal', resulta obvio que este segundo toca más de cerca la dignidad social de la persona y por ello, requiere una tutela más enérgica y efectiva"¹⁰⁴.

¹⁰¹ Propuesta de WOLF, cit. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 156; además, de MUSCO y OTTO, cit. por Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 23.

¹⁰² Esta postura es la de BAJO FERNÁNDEZ, cit. por Mercedes ALONSO ÁLAMO. Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, nº 1 (1983), p. 14; también, Eduardo ESTRADA ALONSO. El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo. Op. cit. p. 36 (es el derecho 'a ser respetado').

¹⁰³ Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 38.

¹⁰⁴ Estudios de Derecho de las Personas. Lima: Huallaga, 1996. 2ª ed. p. 210.

Si bien se sustenta en un principio como el de la dignidad, sigue cayendo en los errores de las posturas fácticas.

e. Garantía de veracidad

Para otros, la función del honor no es solamente una personal sino también social. A través de este cometido se logra favorecer el control informal sobre la estabilización social, cuestión que debe ser tomada con pinzas puesto que esta informalidad puede ser llevada inconscientemente hacia imputaciones informales incorrectas.

Para Jakobs, el honor, por tanto, consistiría en “prestar la necesaria veracidad específica”¹⁰⁵. Además, se propone que las injurias aparezcan como delitos contra las falsedades de la imputación informal, razón por la cual se integraría la verdad - o su falta- como un elemento esencial de la injuria.

El principal reproche que se puede hacer a semejante planteamiento es considerar a la persona como un subsistema, provocando ello que sea posible aseverar la existencia de personas carentes de honor, incluso en sus reductos mínimos. Por su intermedio, en conclusión, se podría promover la existencia de ‘parias espirituales’, contradiciendo abiertamente un principio como el de la igualdad.

Tomando como base la doctrina italiana, sobre todo de SANTONO, el nacional agrega que “el contenido del bien de honor [...] cambia así de individuo a individuo en función de la especificidad de cada uno, de su personalidad, de la condición en la cual versa, de sus cualidades personales, de los actos que cumple o ha cumplido” [Ibid. loc. cit.].

¹⁰⁵ La misión de la protección jurídico-penal del honor, cit. por Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. pp. 24 y 25.

C. Posturas intermedias

Tratando de salvar las contradicciones en que caían las posiciones fácticas y normativas, se han propuesto ciertos lineamientos genéricos que incluya presupuestos de ambas para justamente no caer en conflictos con la igualdad, seguridad jurídica ni libertad.

Las dos primeras que presentaremos, son proposiciones fáctico–normativas y las siguientes son conceptos propiamente jurídicos.

Muy clara respecto a esta unión de conceptos, se presenta una sentencia de la Jurisprudencia Comparada, para la cual honor de la persona, como equivalente de la dignidad, busca la “salvaguardia de su integridad moral”, que a la vez se encuentra transido “de socialidad, influenciado y a merced del cambiante o evolutivo sentir del grupo social”, eso sí, “sin pérdida o menoscabo del alto sentido ético [...] como sustancia o núcleo más caracterizado”¹⁰⁶. Este calificación incluye a un honor social, ético y jurídico.

a. Consideración social merecida

Ésta es la primera concepción fáctica–normativa. La protección se ha de resumir en la ‘consideración social merecida’: el honor pertenece a todos por el hecho de ser personas. Éste no se puede aumentar ni puede desaparecer, aunque sí disminuir según criterios ético–sociales.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo español del 03 de junio de 1985, rec. por T. S. VIVES ANTÓN. Delitos contra el honor. Op. cit. p. 676.

Para Alonso Álamo, el valor de una persona en un sentido ético y social viene dado por el cumplimiento de deberes de este tipo¹⁰⁷. Así, con una base en la dignidad humana, se logra acrecentar el derecho al respeto de los demás de acuerdo a la efectividad o no de dicho cumplimiento. En estricto, los ataques al honor “no son directamente ataques a la dignidad de la persona [...] sino a su valor ético y social de actuación del cual surge una pretensión de respeto”¹⁰⁸.

Para Romero Coloma, al tomar como base la dignidad, este subjetivismo debe dejar de lado diferencias por “la capacidad física o psíquica, [...] la fortuna, raza, religión, posición social o [...] los méritos con los propios actos”¹⁰⁹. Además, Fernández Sessarego señala que este bien jurídico “encuentra sustento en la cualidad moral de la persona que la impele al severo cumplimiento de sus deberes de ser humano frente a los otros y consigo mismo”¹¹⁰.

La principal objeción a este planteamiento se centra en su fracaso respecto al principio de igualdad, puesto que ese soporte ético-social nos lleva hacia la quiebra de dicho principio.

b. Conjunción del ámbito estático y dinámico

Propuesta también fáctica-normativa, gracias a la cual se debe integrar el contenido estático del honor, referido a la dignidad, y uno dinámico, destinado a proteger las relaciones de reconocimiento que emanan del libre desarrollo de la

¹⁰⁷ Para VALENCIA ZEA, “[e]l honor se traduce en un conjunto de cualidades (o virtudes) que resultan del cumplimiento de los deberes jurídicos, así como de la realización de obras en beneficio de la colectividad” [Los derechos de la persona (o derechos humanos) en el nuevo Código Civil del Perú de 1984. En: UNIVERSIDAD DE LIMA - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Y ASSLA - ASSOCIAZIONE DI STUDI SOCIALI LATINDAMERICANI. El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano. Op. cit. p. 217].

¹⁰⁸ Postura presentada por HIRSCH y retomada por Mercedes ALONSO ÁLAMO. Protección penal del honor. Op. cit. p. 142 y ss.; seguida por Elvira LÓPEZ DÍAZ. El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Op. cit. p. 53; Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 39; Fernando HERRERO-TEJEDOR. Honor, intimidad y propia imagen. Op. cit. p. 77. Un concepto como éste nos trae a colación la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, al definir honor: “cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de nuestros deberes respecto al prójimo y nosotros mismos” [Diccionario de la Lengua Española].

¹⁰⁹ Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Op. cit. pp. 18 y 19, retomándose los postulados de RODRIGUEZ DEVERSA.

¹¹⁰ Derecho de las Personas. Op. cit. p. 45.

Para COSENTINO SOLER, un concepto de honor debe mantener la integridad física y moral de la persona, ya sea en una relaciones éticas y sociales, como en su conducta [Delitos contra el honor. Tesis (Bachiller). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 1984. p. 01].

personalidad. A través de esta última se haría diferenciaciones según los distintos ámbitos de participación social comprendidos.

Para Berdugo Gómez de la Torre, uno de los que propone esta visión, el honor está basado en las “concretas expectativas objetivas de reconocimiento para cada miembro de la comunidad”¹¹¹ y al igual que la dignidad, “debe ser apreciado en la totalidad de los miembros de la comunidad” (contenido estático) pero en cada momento histórico y ambiental, al igual que el libre desarrollo de la personalidad que es variable (contenido dinámico)¹¹².

Es importante reconocer que esta propuesta ha sido recogida en un Ordenamiento Nacional: aparte de ser la Constitución que más desarrolla el derecho al honor, la de Etiopía parece acogerse a esta postura doctrinal. Si bien en su artículo 24.1 considera la dignidad como base del derecho -que lo denomina como buena reputación-, gracias al artículo 24.2 debe entenderse al derecho como uno que permite el libre desarrollo de la personalidad de manera consistente, atendiendo al derecho de los otros.

Además en un caso nacional, el juzgador claramente se adscribe a un concepto como éste: el bien jurídico honor, captado como “expectativa de reconocimiento, se puede apreciar en dos aspectos, el primero surge de la dignidad humana y es igual para todos, el segundo es la expectativa de reconocimiento que espera dicha persona en su participación en la comunicación”¹¹³.

En este sentido, la quiebra del principio de igualdad, al igual que la anterior doctrina, es más que evidente.

¹¹¹ Así, la injuria grave como causal de separación de cuerpos, debe observarse “teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges” (artículo 337, declarado constitucional según Sentencia S-331, del Tribunal Constitucional, Expediente 018-96-I/TC).

¹¹² Temas de Derecho Penal. Op. cit. p. 259 y ss.

Para MEINI MÉNDEZ, “se parte de que cada quien tiene particulares funciones y específicos roles que cumplir y que el cumplimiento o incumplimiento de dichas funciones y/o roles está sujeto a la crítica, positiva o negativa, que la sociedad pueda hacer, de ahí las expectativas” [Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. puntos 13 y 14; también, José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 54].

¹¹³ Caso Alberto Ortiz Prieto c/ Luis Carbajal Gravelo, querrela por los delitos de difamación e injuria, sentencia del 11 de agosto de 1998, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 91.

c. Tutela de la dignidad

Alejándose de las posiciones fáctico–normativas, se propone un concepto estrictamente jurídico. El honor se convierte en el medio de protección de la dignidad misma.

Ya en Jurisprudencia Comparada se había señalado que “el derecho individual a la protección del buen nombre no refleja más que nuestro concepto básico de dignidad esencial y valor de todo ser humano, un concepto que ha de hallarse en la raíz de cualquier sistema decente de libertad ordenada”¹¹⁴.

Para Vives Antón, el honor presentaría dos aspectos complementarios: el honor interno y el externo¹¹⁵:

- i Autoestima: se centraría en la dignidad, razón por la cual se convierte en una zona ideal e intangible, al considerarse al hombre como un ser racional, basándose en una ‘fórmula de objeto’, concepto kantiano que refiere que el hombre debe ser tratado como sujeto y no como objeto.
- ii Heteroestima: incluye la reputación o fama, esto es, el juicio que la comunidad proyecta sobre el individuo, la misma que no debe llegar a producir una diferencia de trato.

Justamente en el honor externo es donde se centran los reparos a este autor, cayendo en las mismas críticas que le hacía a las posiciones de Berdugo y Alonso.

d. Heteroestima normativa

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense. Caso Rosenblatt c/ Baer (1966), y reproducida en Gertz c/ Robert Welch Inc. (1974).

¹¹⁵ Delitos contra el honor. Ob cit. pp. 678 y 679; además, José URQUIZO OLAECHEA. Los delitos contra el honor en el nuevo Código Penal. Op. cit. p. 236; Eloy ESPINOZA-SALDAÑA B. Notas acerca de la titularidad del derecho al honor, así como sobre la protección de dicho derecho frente a los posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas. Op. cit. p. 04; Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO. Manual de Derecho Penal. Op. cit. p. 122; Juan Carlos CARBONELL MATEU. Libertad de expresión y derecho al honor. Op. cit. p. 51; Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 155.

Para responder a la estima externa, se acude a un criterio normativo, el cual busca diferenciarse del propuesto anteriormente. El concepto debe descansar en una ‘constatación fáctica’ de la imagen y en la consideración social de la persona concreta.

Según esto se trataría de garantizar el proceso que permite a cualquier individuo acceder al reconocimiento social¹¹⁶. Este bien jurídico no puede centrarse en el juicio que de una persona tienen los demás, el grado de intervención social y determinadas circunstancias en el plano social.

Pese a no acudir lo fáctico, existe un sometimiento a los controles sociales, afectándose la personalidad; además un concepto tan amplio e indeterminado permite incluirse como un perjuicio hasta a una crítica razonada y equilibrada. La fractura de la igualdad y la seguridad jurídica es más que evidente.

e. Apariencia de semejanza

Según esta postura doctrinaria, el honor aparecería como una conjunción de dos ámbitos, dentro de las cuales la dignidad personal (propia de cada individuo) permitiría en el exterior la actuación de los seres en situación de similitud.

Para Alvarez García estos dos ámbitos, que conjugan el contenido material de la dignidad y la orientación social, son¹¹⁷:

- la heteroestima, vista “como la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite, precisamente, la participación

¹¹⁶ Propuesta de CARDENAL MURILLO y SERRANO GONZALEZ. La protección penal del honor, cit. por Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 42.

¹¹⁷ El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. pp. 43 y ss.

en los sistemas sociales” y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación.

- la autoestima, la cual es una pretensión mínima de respeto por el mero hecho de ser persona, siendo la base de ello la dignidad, la cual se constituye como “un espacio infranqueable frente a cualquiera, puesto que todo ataque a ella lleva consigo la negación de la misma como integrante de la especie humana”.

Si bien consideramos a esta doctrina como la más cercana a la realidad, debemos revisar en ella algunas cuestiones, máxime dirigida a ciertos reparos a la misma. Creemos el término de ‘apariencia’ que se utiliza, muestra una falta de concreción real de la persona en la sociedad, puesto que esto impediría mostrar nuestro verdadero rostro (¿estamos ante una máscara?¹¹⁸). Se está cayendo en un juego fáctico nuevamente, puesto que se permite que el propio sujeto determine su posición en el marco de la comunidad.

f. Actuación efectiva y auténtica

Hemos presentado las principales posturas existentes respecto al honor así como las críticas que se podrían realizar a cada una de ellas. Ello nos podrá ayudar a continuación.

A nuestro entender, honor no es ni interno ni externo, es uno solo con dos supuestos de hecho que forman parte de él. En sí, el honor es la competencia y suficiencia de la persona de estar y actuar en la sociedad -mejor dicho, en una

¹¹⁸ Quizás esto se puede basar en el sentido etimológico de la palabra ‘persona’, cual es el de ‘máscara’, y servía para que los romanos en sus obras teatrales ‘representen’ los personajes que quisiesen. Para MORALES GODO esto aparece como una metáfora: “en verdad el ser humano desempeña un papel en la vida social, pero detrás de dicha representación (máscara) se encuentra su verdadero ser” [El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 63].

porción identificable de la comunidad- como parte integrante de ella y siendo reconocido como tal. No es solamente ‘aparecer’ ante los demás en situación semejante, sino es la capacidad de serlo realmente. En estricto, lo que se protege es la actuación efectiva de la persona en la sociedad. En este sentido, vamos a entender honor a lo largo del trabajo.

Un concepto como éste entonces ha de satisfacer los postulados de igualdad, seguridad jurídica y libertad. Según la primera acepción se reconoce a todos como personas, independientemente de su comportamiento ante ellos (no importa que sean mesalinas o criminales): todos somos personas y merecemos el mismo respeto. Seguridad jurídica sí ha de permitir en el sentido de que es objetivo y real el hecho de la integración social de la persona en un contexto comunitario: la afectación no se medirá según cómo se sienta ella o lo que opine la sociedad de la persona, sino de la capacidad del acto vulnerativo de hacer peligrar una ‘actuación efectiva y auténtica’ en la sociedad, si realmente le impide su participación como un miembro más de ella. Como libertad, este concepto permite la verdadera realización de la persona al necesitar estar en armonía con los demás, porque en un mundo tan globalizado como en el que vivimos es indispensable la reunión y relación con nuestro ‘mundo’.

Además, habremos de cumplir el fin sustancial del honor: ser el “nexo entre los ideales de una sociedad y la reproducción de estos mismos ideales en el individuo, por lo que su plena realización se produce dentro del grupo social”¹¹⁹. De esta forma presentamos un concepto ‘aprehensible’ que, como apunta Álvarez García, debe tener “el suficiente substrato material para que pueda cumplir las funciones que le están encomendadas” por el Derecho¹²⁰.

2.1.1.2. El bien jurídico vida privada

¹¹⁹ DE COSSIO, Manuel. Derecho al honor. Técnicas de protección y límites. Valencia: Tirant lo blanch, 1993. Op. cit. p. 37.

¹²⁰ El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 26.

Con respecto a la vida privada (*secret a la vie privée, droit a la intimité, diritto alla riservatezza o right of privacy*), se han tratado de dar diversas exposiciones al respecto¹²¹.

La manera en que se ha tratado de definir vida privada ha sido de lo más diversa: identificando el bien por negación, haciendo un listado de aspectos protegidos y, lo único que es realmente conveniente, una definición propiamente dicha. Veamos.

A. Posiciones negativas

Según este planteamiento, la vida privada ha de concebirse como un espacio vital al cual la sociedad 'no' debe tener acceso. Es decir, este bien jurídico ha de aparecer en contraposición con lo que se puede denominar 'vida pública' de una persona.

Una buena definición de este tipo es de la que participa Kimborough, cuando sostiene que una afectación a la vida privada es "la apropiación o explotación injustificada de los asuntos privados de una persona sobre los que el público no tiene interés legítimo, o la invasión ilegal de las actividades privadas, de tal manera que causen daños o sufrimientos, mentales, vergüenza o humillación a una persona de sensibilidad ordinaria"¹²². Es decir, es un "conjunto de actos, situaciones o circunstancias que por su carácter personalísimo no se encuentran, por regla general o de ordinario, expuestos a la curiosidad y a la divulgación"¹²³.

¹²¹ Muchos lo identifican con la intimidad: Elvira LÓPEZ DÍAZ. El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Op. cit. p. 186; Delia Matilde FERREIRA RUBIO. El derecho a la intimidad. Op. cit. pp. 37 y ss. (el derecho es la intimidad pero el bien jurídico tutelado será la 'vida privada'). Para MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, el derecho constitucional es a la intimidad, y el término 'vida privada' es exclusivo de los civilistas [El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional. Madrid: Civitas, 1993. p. 28].

¹²² Cit. por Jaime FERNÁNDEZ DE ZUBIRÍA. Derecho de privacidad, derecho internacional y derechos humanos. Op. cit. p. 51.

¹²³ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Protección de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 177.

Más claro resulta aún el concepto de Gómez Pavón para quien este bien jurídico “consiste en el aislamiento y la negación a los demás del conocimiento de su esfera propia”¹²⁴. También es una definición negativa la de Nerson, según la cual la vida privada es un sector personal reservado a fin de hacer innaccesible al público, sin la voluntad del interesado, eso que constituye lo esencial de la personalidad”¹²⁵. Este intento de definición habremos de desecharlo puesto que no nos proporciona en estricto una forma de concebir la vida privada, al depender de lo que se entienda por otros términos, como puede ser la ‘vida pública’¹²⁶. Es decir, sólo trasparamos el problema de un concepto a otro.

B. Posiciones positivas

En estos tipos de definición ya no dependemos de otros conceptos. Sin embargo, existen dos formas de presentar positivamente la vida privada: a través de enumeración de aspectos protegidos y a través de un concepto propiamente dicho, siendo solamente la última de estas formas, la correcta.

a. Mera enumeración de aspectos tutelados

Una definición, quizás la más común de todas, acerca de la vida privada es la que nos lleva a realizar un catálogo de todas las situaciones protegidas a través de este bien jurídico. Sobre esto podemos decir que los espacios garantizados han

¹²⁴ La intimidad como objeto de protección penal, cit. por Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 98.

¹²⁵ *La protection de la vie privée en droit positif français*, cit. por Aurelia María ROMERO COLOMA. Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Op. cit. p. 55.

También señala MADRID-MALO GARIZÁBAL que este bien jurídico es protegido porque “toda persona tiene a mantener libre e inaccesible aquella zona de su vida en la cual se producen hechos cuya existencia y desarrollo no deben, sin justa causa, llegar al conocimiento público [Derecho a la intimidad. Op. cit. p. 08].

¹²⁶ Además para FERREIRA RUBIO, esta definición depende demasiado del subjetivismo del titular, el mismo que “radica en el hecho de que se deja librada a la voluntad de la persona la determinación de aquellos datos de su vida que no desea sean conocidos por otros” [El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 46].

sido diversos, como lo presentan las situaciones privadas, la teoría de las esferas y el *right to privacy*.

Dentro de este esquema revisaremos tres propuestas acerca de la enumeración de aspectos:

(a) Situaciones privadas

En este sentido, Zavala de González nos comenta que “[e]l reducto de lo personal no encuentra su confin en la cárcel de la propia individualidad [...] sino que ella sirve de plataforma para la integración del ser humano con el círculo de ciertos allegados (especialmente a través de los lazos familiares), con un ambiente físico (el domicilio) y con el ambiente inmaterial de sus manifestaciones espirituales (la correspondencia, las comunicaciones de todo tipo, los papeles privados)”¹²⁷. Es decir, se presentan todas las situaciones posibles dentro un concepto de vida privada. Partiendo de un concepto propiamente dicho pero concluyendo en la presentación de los ámbitos de protección, Vásquez señala que este derecho es uno “de carácter subjetivo, referido a un ámbito propio y constitutivo del ser humano y presupuesto para la libre realización de la personalidad, donde se cautela memoria, pensamientos, sentimientos, emociones y corporeidad y en cuya manifestación a los demás se ejerce legítimo autocontrol”¹²⁸.

Algo similar sucede con el planteamiento de la Asamblea Consultiva de Europa cuando en 1970 considera como vida privada el derecho de la persona a “poder conducir su vida como se la entiende con un mínimo de ingerencias. Comprende a la vida privada, a la familiar y a la vida del hogar, a la integridad física y moral [...]; al hecho de no ser presentado bajo una falsa apariencia; a la no divulgación de hechos inútiles o embarazosos; a la publicación sin autorización de fotografías privadas; a la protección contra la divulgación de informaciones comunicadas o

¹²⁷ El derecho a la intimidad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982. p. 82.

¹²⁸ Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 46.

recibidas confidencialmente por un particular sin que puedan prevalerse del derecho de protección a su vida privada, las personas que por sus propias actividades han alentado las indiscreciones de las cuales se van a quejar posteriormente”¹²⁹. Mucho más específicas que la anterior aparecen las propuestas de Novoa Monreal¹³⁰ y la Conferencia de Juristas Nórdicos¹³¹.

(b) Teoría de las esferas

Una de las teorías más desarrolladas es la de las ‘esferas’ formulada por el Tribunal Constitucional alemán. Según ésta, dentro de cada derecho fundamental, existen tres espacios¹³², dentro de los cuales se encontraría uno interno que pertenece a la persona y nadie más.

Justamente este espacio interior de cada ser representa su vida privada. Ésta ha de verse conformada por tres círculos concéntricos, cada uno de los cuales con distinto grado de protección según la profundidad y hermetismo para la persona. Las esferas son¹³³:

- ¹²⁹ Cit. por José Eduardo ABUSÁBAL VELARDE. El derecho a la información y el derecho a la intimidad personal. Op. cit. p. 58. Bastante parecida es la teoría de la Corte Suprema argentina, según la cual la vida privada “comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen”; es decir, es el “ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física” [Caso 97.844, Carlos G. Suárez Masón, de agosto de 1998, disidencia del doctor BOGGIANO, siguiendo la jurisprudencia de los fallos 306: 1892, 314: 1531; 316: 479; 316: 703, rec. por Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, t. 1998-E. p. 225].
- ¹³⁰ Derecho a la vida privada y libertad de información. Op. cit. pp. 45 y 46. Según esta clásica definición, la vida privada incluye: todo tipo de creencias (que, para nosotros, debe estar dentro de los supuestos del derecho a la conciencia y religión), aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual, aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar -sobre todo de características embarazosas-, defectos o anomalías físicas y psíquicas no ostensibles, comportamientos del sujeto que no sean conocidos por extraños y que, de ser averiguado, le harían críticas (aquí se ve la relación con el honor; creemos que se encuentra fuera de este supuesto de autonomía cuando el sujeto, por ejemplo, golpea a su mujer), afectación de la salud, que menoscabe el reconocimiento social (v.gr. conocer que alguien tiene SIDA), contenido de comunicaciones interpersonales, la vida pasada del sujeto si esta le causa vergüenza, orígenes familiares que lastimen su posición social, filiación -ser adoptado- y actos de estado civil, la realización de funciones fisiológicas que causen molestias al resto (por ejemplo, casos de flatulencia), y, momentos penosos o de extremo abatimiento.
- ¹³¹ Celebrada en Estocolmo, el 22 y 23 de mayo de 1967, cit. por Porfirio BARROSO ASENJO. Límites Constitucionales al Derecho a la Información. Op. cit. pp. 56 y 57. Pese a la lejanía en el tiempo de la misma, presentamos a continuación los actos frente a los cuales el individuo se encuentra protegido, si es que no se cuenta con autorización, gracias al derecho a la vida privada: registro de una persona, violación y registro del domicilio o de otros locales, exámenes médicos, psicológicos y físicos, declaraciones molestas, falsas o irrelevantes relativas a una persona, interceptación de la correspondencia, captación de los mensajes telefónicos o telegráficos, utilización de aparatos electrónicos de vigilancia o de otros sistemas de escucha, grabación sonora y tomas de fotografías o películas, acoso por los periodistas y otros representantes de medios de comunicación social, divulgación de informaciones recibidas por consejeros profesionales o dadas en secreto y acoso de una persona.
- ¹³² Por primera vez esta posición es asumida en la Sentencia Elfes [BVerfGE 6,32 (4)]. Los tres ámbitos de los que hablábamos son: esfera íntima (o interna), libre de injerencia, esfera privada (intervención limitada del Estado) y esfera social (injerencia estatal puesto que no constituye afectación a la personalidad). La teoría de las esferas ha sido desarrollada (y criticada duramente), como fundamento del contenido esencial de los derechos fundamentales por Juan Carlos GAVARA DE CARA. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Ob cit. p. 247 y ss.; y utilizada dentro de las libertades negativas por Robert ALEXY. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 349 y ss.
- ¹³³ THOMAS. *Palandt - Bearb.* cit. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 345; además, Xavier O’ CALLAGHAN MUÑOZ. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 93; Fernando HERRERO-TEJEDOR. Honor, intimidad y propia imagen. Op. cit. p. 84; Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO.

- i *Individualsphäre* (esfera individual): se protegen las actividades personales del individuo en sus relaciones con el ambiente, como pueden ser sus ocupaciones públicas o profesionales.
- ii *Privatsphäre* (esfera privada): se amparan las relaciones cercanas de las personas sobre todo con la familia y en su hogar.
- iii *Intimsphäre* (esfera íntima): se resguardan los pensamientos más profundos de la persona, incluyéndose en ella dos subesferas, como son la *vertrauenssphäre* (esfera confidencial), de la cual sólo participan personas de entera confianza, no el público ni familiares, y la *geheimsphäre* (esfera secreta¹³⁴), en la que los hechos son totalmente inaccesibles a los demás.

La dificultad mayor que presenta una teoría como ésta es la falta de criterios reales y concretos para que se realice la división entre las esferas. Esta falta de delimitación precisa ha producido que esta propuesta sea dejada de lado con el paso de los años.

(c) *Right to privacy*

Ésta es la propuesta estadounidense respecto al tratamiento de la vida privada. A partir de la definición inicial del *right to be alone*, los estudiosos han tratado de analizar las situaciones protegidas por este bien jurídico.

La *privacy* incluye en sí cuatro áreas: *freedom from unreasonable search* (libertad o seguridad frente a cualquier tipo de intromisiones indebidas en la esfera privada),

Dilemas actuales de la protección de la intimidad. Op. cit. p. 16; Elvira LÓPEZ DÍAZ. El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Op. cit. pp. 197 y 198; Luciano PAREJO ALFONSO. El derecho fundamental a la intimidad. En: *Ius et Praxis*. Lima, nº 21-22 (ene. - dic. 1993), p. 43.

Sobre la división de la esfera íntima en secreta y confidencial, revisar: Eduardo NOVVOA MONREAL. Derecho a la vida privada y libertad de información. Op. cit. p. 47; Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. El derecho a la intimidad. En: *El Jurista. Revista Peruana de Derecho*. Lima, año I, nº 4 (dic. 1991), p. 69.

Para HUBMANN, la *individualsphäre* incluye la peculiaridad o individualidad del hombre (por lo que se vida privada se integraría con honor, nombre e imagen) [*Das Persönlichkeitsrecht* cti. Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op. cit. p. 328].

¹³⁴ 'Secreto' es "lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto" [REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Academia Española*].

privacy of association and belief (respeto a opción personal en asociación o creencia), *privacy and autonomy* (elegir sin interferencias) e *information control* (posibilidad de los grupos de acceder y controlar las informaciones sobre ellos). Dentro de la primera de las áreas, Prosser realiza el trabajo más destacado dentro de esta corriente. Para él, existen cuatro tipos de *torts* (agresiones) que se debían evitar¹³⁵:

- una protección contra los actos de intrusión que perturben el retiro o soledad del individuo;
- divulgación pública de hechos privados embarazosos sobre el individuo;
- publicidad que coloca al individuo bajo una luz falsa ante el público;
- apropiación de la imagen o identidad de una persona para derivar algún beneficio.

Sin embargo, este planteamiento peca de amplio, puesto que se estaría incluyendo dentro de la *privacy* supuestos que pertenecerían a otros derechos en nuestro Ordenamiento, como en el caso de la *false light*, respecto al honor, y de la apropiación de la imagen, respecto a la voz o la propia imagen, tal como ya vimos *supra*. Así, para algunos, los norteamericanos no solamente se centraron en la vida privada, ya que palabras “sonarían verdaderamente reductivas frente a la intensidad y a la riqueza semántica contenida en la fórmula de la *privacy*”¹³⁶.

Además para Harper, James y Gray esta propuesta es demasiado estática, proponiéndose una clasificación alternativa, la misma que sigue incluyendo otros derechos en su seno, en donde se protege el interés en¹³⁷:

Para LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, secreto “es una manifestación especial de la protección de la intimidad que añade un *plus* a la que ordinariamente disfruta” [El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 97].

¹³⁵ *The law of torts*, cit. por Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Op. cit. pp. 328 y 329; Jaime FERNÁNDEZ DE ZUBIRÍA. Derecho de privacidad, Derecho Internacional y Derechos Humanos. Op. cit. p. 62; Juan MORALES GODO. El *right of privacy* norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Un estudio comparado. En: Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, n° 49 (dic. 1995), p. 175.

¹³⁶ ROPPO. *I diritti della personalità*, cit. por Juan ESPINOZA ESPINOZA. La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la informática (I). Op. cit. p. 58.

- *seclusion* (evitar ser visto u oído);
- *personal dignity and self respect* (no ultraje verbal, acoso intolerable, no humillación y ridículo);
- *privacy of name, likeness and life history* (controlar el uso de los símbolos de la propia existencia);
- *sentimental associations* (relaciones afectuosas o familiares).

La crítica que debe hacerse en general a estas propuestas es que una definición nunca puede ser el conjunto de varias situaciones, sino más bien debe encaminarse a encontrar el nexo entre ellas. Un estudio detallado de estos temas será realizado a partir del siguiente punto, como parte de los supuestos de hecho, y ya no como forma de encontrar un concepto del bien jurídico.

b. Propuestas de un concepto propiamente dicho

La vida privada debe ser definida entonces, como un concepto que a partir de una sola idea las situaciones arriba presentadas. Para ello debemos conocer cuál es la esencia de todas ellas.

En un primer momento se concibió a la vida privada solamente con un *to be let alone*, que tal como veremos más adelante sólo es una parte del derecho mismo. De esta concepción fueron partidarios Warren y Brandeis¹³⁸, retomando los postulados del juez Cooley.

Ante estas propuestas insuficientes, existen innumerables conceptos vertidos por los estudiosos pero nos parece importante el dado por Rivera Llano: la vida

¹³⁷ *The law of torts*, cit. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 303 y 304.

¹³⁸ El derecho a la intimidad. Op. cit. pp. 24 y ss.; en la actualidad, Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. El derecho de las personas. Op. cit. pp. 59 y 60 (aunque la protección no es sólo contra las intromisiones sino frente a la misma toma de conocimiento de los hechos de cada persona); María Luisa BALAGUER CALLEJÓN. El derecho fundamental al honor. Op. cit. p. 32 ("no ser molestado y guardar reserva").

privada es el “ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra la posibilidad de desarrollo y fomento de la personalidad”¹³⁹.

Otra propuesta interesante es la de Ferreira Rubio; para la argentina, vida privada son “todos aquellos datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad, que son verídicos, y que están reservados al conocimiento, bien del sujeto mismo, bien de un grupo reducido de personas cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño –patrimonial o moral–”¹⁴⁰.

c. Espacio y dato espiritual

Tras conocer algunas propuestas sobre conceptos, a nuestro entender, vida privada está destinada a proteger todo espacio y dato espiritual que permita a la persona mantener una identidad propia, encontrarse a sí misma y de esta forma volcarse a la sociedad.

Un concepto como éste busca rescatar los dos aspectos protegidos a través de este bien jurídico: el espacio y el dato¹⁴¹, y como sustrato para dicha protección debemos recordar la importancia que tiene para la persona su meditación, un ámbito propio ajeno a los demás para formarse sus características personales.

Si tomamos en cuenta que en algunas oportunidades, “la autocomplacencia que acompaña al proyecto privado se transforma en un sentimiento de impotencia en relación al entorno”¹⁴², podremos entender el porqué de la necesidad de cada persona de retirarse para luego irradiar sus sentimientos y acciones en la sociedad¹⁴³.

¹³⁹ La protección de la intimidad y el honor y la informática, cit. por Francisco EGUIGUREN PRAELI. La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. p. 54.

¹⁴⁰ El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 52.

¹⁴¹ Para BULLARD GONZÁLEZ, el derecho a estar solo incorpora al mercado “nuestro espacio y nuestro tiempo” [No se lo digas a nadie. Op. cit. p. 17].

¹⁴² ZÚÑIGA URBINA, Francisco. El derecho a la intimidad y sus paradigmas. En: *Ius et Praxis. Derecho de la Región*. Talca, año 3, n° 1 (1997). p. 287.

¹⁴³ Para MORALES GODD, “el hombre con su intimidad debe encontrar el ser auténtico; con ello busca encontrar un rincón para la creatividad, reflexión, vuelta a sí mismo” [El *right of privacy* norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Op. cit. p. 170].

Además esta noción es muy clara en señalar la ‘espiritualidad’ de su contenido. En estricto, lo que quiere decir es que este concepto de vida privada debe desvincularse de nociones patrimoniales.

Si bien surge del binomio *privacy – property* se debe considerar a la primera como un bien jurídico netamente personalista¹⁴⁴, no patrimonial¹⁴⁵, en el sentido dado en el punto 1, no clásico sino acorde con las exigencias de la Teoría Constitucional Contemporánea.

Dos cuestiones respecto a este punto. Esto no quiere decir que la vida privada no puede tener repercusión económica¹⁴⁶; otra cosa muy distinta es señalar que este derecho puede ser vendido o cedido de manera pecuniaria, como de hecho sucede en la realidad. Tampoco queremos decir que en ningún caso se puede incluir aspectos con contenido económico dentro de la vida privada: sólo poseerán protección en la medida que estos estén relación con la ‘espiritualidad’ de la persona¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Para mayor explicación, José MARTINEZ DE PISÓN CAERO. La configuración constitucional del derecho a la intimidad. En: Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid, año II, nº 3 (may. – dic. 1994). cit. p. 322; Eduardo NOVQA MONREAL. Derecho a la vida privada y libertad de información. Op. cit. p. 78. En el mismo sentido se pronuncia ESPINOZA ESPINOZA, para quien la actividad económica se da dentro del mercado y no dentro de este derecho. Se debe deslindar de la “solidez económica del sujeto, así como su capacidad de producción” [Estudio del Derecho de las Personas. Op. cit. p. 246 y ss.].

En contra, Miguel Ángel EKMEKDJIAN y Calogero PIZZOLO. Hábeas Data. Op. cit. pp. 9 y 10 (la vida privada incluye la “sumatoria de la difusión y retención de información en el contexto comercial y personal”), quizás retomando los postulados de Estadella YUSTE. Asimismo, cierta Jurisprudencia Comparada: la “obligación de respetar la vida privada de las personas está relacionado con el deber de observar la confidencialidad de las informaciones comerciales ciertas” [Corte Europea, Caso Mark intern Verlag GmbH y Klaus Beerman (1989), rec. por Jordi BONET. El derecho a la información en el Convenio de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 284].

Justamente por este carácter espiritual, ABUSÁBAL VELARDE señalaba que este espacio interno de la persona es “vital, propio para el desarrollo en forma adecuada de los atributos de la personalidad” [El derecho a la información y el derecho a la intimidad personal. Op. cit. p. 63].

¹⁴⁵ Según CHÁVEZ COSSIO en la Quinta Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Lima, 25 de enero de 1993. www.congreso.gob.pe.

¹⁴⁶ Así, para BULLARD GONZÁLEZ, “existen formas indirectas de ‘venta o valorización de lo privado’, diferentes como controlar esa información y darle un valor agregado mayor a la imagen o prestigio de la persona evitando que se descubran aspectos que harían bajar dicho valor” [No se lo digas a nadie. Op. cit. p. 173].

Para BRANDEIS, en un voto particular dentro de la Corte Suprema norteamericana, señaló gracias a este bien jurídico en la Constitución “reconocieron el significado de la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y de su intelecto, sabían que solamente una parte del dolor, del placer y satisfacciones de la vida proceden de las cosas materiales [...] Les confirieron, frente al Gobierno, el derecho de estar solos , el más amplio y apreciado entre los derechos por los hombres civilizados” [Caso Olmstead c/ United States, de 1928, rec. por Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 89].

¹⁴⁷ No podemos excluirnos de presentar una declaración en la Sunat, argumentando que ese acto afecta la vida privada, pero sí puede protegerse aspectos económicos cuando por ejemplo se empieza a configurar la características personas de un sujeto de manera irregular a través de un *Credit Report*: la salvaguardia se sustenta no tanto en el contenido de la información que se acumule sino los resultados que se consiguen con ello.

Entonces, las acciones cuando una persona accede a consentir el ingreso al contenido de su derecho a la vida privada (como permitir a los periodistas que cubran en un reportaje algo protegido por su derecho), “no constituyen abdicación absoluta del derecho, pues sólo pueden alcanzar aspectos específicos de la intimidad, por lo demás bajo el pleno control del sujeto que, cuando voluntariamente los da a conocer, les quita la condición de derechos personales y los traslada a la esfera de los de orden patrimonial”¹⁴⁸.

2.1.2. Los supuestos de hecho

Ésta es quizás la parte más rica de los ensayos sobre la vida privada en la doctrina. Los supuestos de hecho que están incluidos dentro de ella son de los más diversos. No sólo debe ser analizada como derecho meramente negativo, sino con un rol cada vez más positivo¹⁴⁹.

A diferencia de lo que ocurre con respecto a la vida privada, en este punto el tratamiento sobre el honor es más simple. Aparte de la especificación de ámbitos de vida de distinta naturaleza que se incluyen en el derecho fundamental, debemos revisar su protección a partir de la dignidad.

2.1.2.1. El respeto como protección

Está referido al clásico sentido negativo de los derechos de respeto propio. Analizaremos el aspecto interno del honor y las actividades abstencionistas de la vida privada.

¹⁴⁸ VÁSQUEZ, Aldo. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 51.

¹⁴⁹ En este sentido también se expresan: Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Op. cit. p. 330, mantenido en Dilemas actuales de la protección de la intimidad. Op. cit. p. 17; Jorge E. CÓRDOBA y Julio C. SÁNCHEZ TORRES. Derechos personalísimos. Op. cit. p. 56; Xavier D'CALLAGHAN MUÑOZ. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 87; Jorge A. CARRANZA. Los medios masivos de comunicación y el derecho privado. Op. cit. p. 48; Alfredo BULLARD GONZÁLEZ. No se lo digas a nadie. Op. cit. pp. 169 y ss.

I. Aspecto interno del honor

Decíamos que el principio de dignidad personal rige para todos los derechos fundamentales, pero que adquiere una relevancia especial en los de respeto propio. Sin embargo, cuando este principio se singulariza y adquiere características propias de un derecho fundamental, deja de considerarse como tal y se subsume dentro de los supuestos de hecho de él. Esto sucede nítidamente en el caso del honor.

Dignidad es el substrato interno del honor. En este boceto, decíamos, adquiere cualidades específicas y a eso debemos dedicarnos. La ‘dignidad del honor’ debe ser concebida respecto a una particular persona, no es una dignidad en general, aunque la controversia debe ser trasladada hacia cómo considerarla en un individuo concreto.

Para Alvarez García, esto nos obliga a tomar una de dos opciones, sabiendo que casi toda la legislación hace referencia a una dignidad en términos generales¹⁵⁰. Sobre cada una de estas referencias (genérica o particular) de la dignidad, existe una indicación legal al respecto.

(a) Lo genérico particularizado

Según esta propuesta, se debe tomar una dignidad general pero ‘particularizada’ en un determinado sujeto que no añadiría nada más allá de su identidad (ello traerá como consecuencia la mayor uniformización de la sociedad).

¹⁵⁰ El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 27; sobre la base del honor en la dignidad, también, Carlos SORIA. Derecho a la Información y Derecho a la Honra. Barcelona: ATE, 1981. p. 139.

Existen muchas normas en el Ordenamiento nacional que nos remiten a esta dignidad genérica, aquellas que protegen a la dignidad que nos corresponde a todos por igual. En primer término existe, tal como ya lo hemos expresado, un principio constitucional expresamente recogido¹⁵¹. Pero, además, existen referencias a una dignidad para todas las personas por igual (primordialmente para las naturales), en el Código del Medio Ambiente¹⁵², la Ley de Política del Estado y de la sociedad frente a la violencia familiar¹⁵³, el Código Sanitario¹⁵⁴ o la Ley de Telecomunicaciones¹⁵⁵.

(b) Las aportaciones peculiares

La referencia universal de la dignidad de la persona puede recibir ‘aportaciones’ peculiares, lo cual se aleja aún más del sentido de la dignidad como principio y se integra con mayor facilidad al concepto con el cual converge (se amplía el ámbito del supuesto de hecho).

Entonces la relación entre dignidad y honor es como dice González Pérez: lo señalado por el artículo 1 “constituye una categoría personal pero despersonalizada, absoluta y no relativa a cada sujeto” frente a lo cual encontramos a un derecho al honor que “protege una dignidad personalizada y relativa a un hombre”, aunque más exacto sería señalar a una persona¹⁵⁶. A través de esta concepción del honor se impedirá concepciones aristocráticas o meritocráticas que derivarían de él¹⁵⁷.

Existen dispositivos que nos presentan la dignidad de alguien en concreto, teniendo en cuenta las características distintivas de cada individuo. Así,

¹⁵¹ Constitución de 1993, artículos 1 y 3.

¹⁵² En el artículo I del Título Preliminar se señala que “[e]s obligación del Estado mantener la calidad de vida de las personas a un nivel compatible con la *dignidad humana*”. Asimismo en el artículo 4 se menciona que la planificación ambiental debe tener “el fin de alcanzar una calidad de vida compatible con la *dignidad humana*”.

¹⁵³ Ley n° 26260, artículo 3, que señala que debe ser una acción permanente del Estado para prevenir la violencia familiar, la enseñanza en la población del “irrestricto respeto a la *dignidad* de la persona humana”.

¹⁵⁴ Tanto en el artículos 139 (en el que se señala “la defensa y protección de la *dignidad* humana como obligación de la autoridad de Salud) como en el 184 (según el cual los servicios asistenciales tienen como objetivo esencial el bienestar de los individuos guardando el respeto debido a la *dignidad* de la persona humana).

¹⁵⁵ Artículo 27 del Decreto Supremo n° 013-93-TCC. Éste señala que el Ministerio respectivo concertará con los organismos representativos de los medios de radiodifusión, para establecer un código de ética que, conjuntamente con la defensa de la familia y la identidad nacional, difunda “una programación que mantenga los principios formativos que relieven [sic] la *dignidad* eminente de la persona humana”.

¹⁵⁶ La degradación del derecho al honor. Op. cit. pp. 34 y 35.

observamos una dignidad determinada en los siguientes sujetos: los incapacitados¹⁵⁸, los ancianos¹⁵⁹, los trabajadores¹⁶⁰, los beneficiarios de las prestaciones de salud¹⁶¹, los procesados¹⁶², los condenados¹⁶³, los internos en un establecimiento penitenciario¹⁶⁴, los funcionarios públicos¹⁶⁵ y los superiores jerárquicos en la carrera militar¹⁶⁶.

Bueno, lo que podemos deducir de este espectro de nociones acerca de la dignidad que nos enseña nuestra legislación, es que no hay una referencia directa acerca de cómo debe entenderse ésta respecto al honor. A pesar de esta aseveración, debemos rescatar cuatro factores que nos llevan a concluir el proyecto personalista acerca de la dignidad respecto al honor en el Perú. Si bien la Constitución no la señala habremos de ser claros en que los motivos que a continuación mostramos sí lo complementan:

- en el Código Penal, la referencia existente al ámbito del honor se encuentra personalizado: en la injuria se reprime al que ofende o ultraja a ‘una persona’ (artículo 130), la calumnia, al que atribuye a ‘otro’ falsamente un delito (artículo 131) y la difamación, al que atribuye públicamente a ‘una persona’ un hecho, una cualidad o una conducta (artículo 132), siendo clara la referencia a un ser en particular, circunscrito a un caso especial; es más, la

¹⁵⁷ Libertad de expresión y derecho al honor. Op. cit. p. 893.

¹⁵⁸ Según lo enuncia la propia Constitución, en su artículo 7 cuando expresa que “[l]a persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su *dignidad*”.

¹⁵⁹ Existe un consenso para que las personas de la tercera edad vivan con “decoro y *dignidad*”. A ello se refieren el Reglamento Especial de la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana, Decreto Supremo nº 011-90-SA, artículo 5, y el Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Bienestar Familiar – INABIF, Resolución Ministerial nº 127-93-PRES, artículo 3.

¹⁶⁰ Tal como lo señala la propia Constitución, artículo 23, cuando señala que “[n]inguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la *dignidad* del trabajador”.

Asimismo, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo nº 728, menciona como acto de hostilidad equiparable al despido, dentro de su artículo 30 inciso g, a aquellos actos “que constituyan actitudes deshonestas que afecten la *dignidad* del trabajador”.

¹⁶¹ Ley General de Salud, Ley nº 26842, artículo 15.a: “Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho al respeto de su personalidad, *dignidad* e intimidad”.

¹⁶² Según el Código de Ejecución Penal, artículo III, referido al principio de humanidad: la ejecución penal y las medidas privativas de libertad de los procesados están exentas de cualquier “acto o procedimiento que atente contra la *dignidad* del interno”.

¹⁶³ El artículo 58.6 del Código Penal señala que cuando el juez otorgue la condena condicional, impondrá como reglas de conducta, aquellos deberes idóneos para “la rehabilitación social del agente, siempre que no atente contra la *dignidad* del condenado”.

¹⁶⁴ El Código de Ejecución Penal, al referirse a la vestimenta de los internos, señala que la propia administración puede brindarles las prendas, siempre que estén “desprovistas de todo distintivo que pueda afectar su *dignidad*” (artículo 16).

¹⁶⁵ Dentro de la figura del desacato, exhibida en el artículo 374 del Código Penal, se sanciona a aquel “que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la *dignidad* o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas”.

¹⁶⁶ El artículo 147.7 del Código de Justicia Militar, considera como un delito de insulto al superior, “[t]oda acción que indique faltamiento, en cualquier forma a los respetos debidos a la autoridad y a la *dignidad* personal del superior”.

posibilidad de probanza de la verdad por parte del imputado (artículo 134) complementa lo afirmado;

- más rotundo es aún el caso ya mencionado de la dignidad de los funcionarios públicos, dentro del propio Código Penal, vinculado con la figura del desacato; en este caso es directa la mención a una dignidad diferenciada;
- por otro lado, en el Código Civil, cuando se expresa que el derecho al honor no puede ser objeto de cesión (artículo 5), parece indicar su carácter personalista, al remitir la decisión final a cada una de las personas detentoras del derecho fundamental;
- para aclarar aún más este panorama, una norma internacional, incluida en nuestro Ordenamiento, y que como sabemos sirve de marco interpretativo para los derechos fundamentales, como lo es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala en su artículo 11, que las personas dentro del derecho al honor (al que denomina como honra) tienen derecho “al reconocimiento de su dignidad”.

De esto podemos deducir, claramente, el carácter eminentemente personalista del derecho al honor cuando hace referencia a la dignidad, tal como lo sostiene Alexy¹⁶⁷. Reiteramos que no es sólo un principio consagrado de manera universal, sino, en el caso del honor, una alusión directa a las características especiales de cada sujeto.

Lo que también debe quedar claro es que este significado personalista, no solamente hace referencia a la persona natural, sino además a la persona jurídica¹⁶⁸ que, tal como lo afirmaremos, es titular de este derecho.

¹⁶⁷ Para el alemán, no existe nada en concreto para que el principio de la dignidad “no sea una libertad ilimitada sino la de un individuo referido a y vinculado con la comunidad” [Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 346].

Por su parte, BENDA considera que esta dignidad debe estar definida hacia un ‘hombre real’ [Dignidad humana y derechos de la personalidad. Op. cit. p. 124]. En caso contrario, se estaría concibiendo una dignidad de acuerdo a un arquetipo social y ético, dejando de esa manera desprotegidos a enfermos, incapaces u otro tipo de personas que tal como lo hemos, es digna de una tutela efectiva.

¹⁶⁸ Con ello concuerda ALVAREZ GARCÍA, quien a la vez agrega que “lo que se quiere significar, ahora, al afirmar ese carácter ‘personalista’ es que el derecho al honor implica una consideración sujeto (público o privado) al que le es reconocido” [El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 32].

En suma, esta concepción negativa del honor hace que se proteja a la persona asumiendo su rol participativo social que es impedido por un tercero, tal como el propio Ordenamiento lo reconoce.

En varias circunstancias, la legislación nacional reconoce el sentido negativo del honor de las personas. Un buen ejemplo puede ser el artículo 228 del Código Procesal Civil, que señala que serán improcedentes “las preguntas del interrogatorio que sean lesivas al honor y buena reputación del testigo”. Pero no sólo este caso, sino también vemos esta actitud cuando el Código de los Niños y Adolescentes nos indica como obligación de los directores de centros educativos, las “faltas contra el honor de sus alumnos” (artículo 18). En estas oportunidades es más que evidente el rol defensivo del honor puesto que solamente señala la imposibilidad de un tercero de su afectación.

Pese a haber sido derogada¹⁶⁹, es importante recordar una norma que buscaba proteger el derecho al honor, desde nuestro punto de vista, de manera excesiva e innecesaria: “No podrán ponerse prenombrados que por sí mismos o en combinación con los apellidos resulten extravagantes, ridículos, irreverentes, contrarios a la dignidad o al honor de la persona [...]” (artículo 33 del Reglamento de las Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil).

II. Actividades abstencionistas de la vida privada

Este supuesto puede derivarse del concepto del bien jurídico en el que la persona debe retraerse a sí misma, debe replegarse¹⁷⁰. En estas dos actividades que presentaremos (intimidad y no-revelación de datos) se notará el carácter de

¹⁶⁹ Por el artículo I del Decreto Supremo 016-98-PCM, de 1998.

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 68.

Para la COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, este supuesto debe ser conocido con el término genérico de ‘secreto’ [Intimidad personal. En: Página web de la Comisión Andina de Juristas. <http://www.cajpe/org.pe/rij/sistema/ddhh/pe.htm>].

derecho–defensa de la vida privada: el titular impide una intrusión por parte del destinatario.

A. Intimidad

El ser humano requiere de un ‘espacio’ en el cual pueda realizar su vida de la manera que crea conveniente. Y no solo sino en compañía de un grupo que le brinde toda la confianza para hacerlo. Lo que el Derecho debe ofrecer a la persona es el respeto a su intimidad. Para muchos, este aspecto aparece como la zona más profunda de la vida privada¹⁷¹; sin embargo creemos que es un ámbito tan protegible como los demás.

Es el espacio en el que el ser humano puede “aislar sus pensamientos, sentimientos, emociones y sensaciones, así como sus proyectos, del conocimiento ajeno”¹⁷², dedicándolo al “recogimiento, sin que sufra la interferencia de terceras personas, incomodándolo, afligiéndolo o perjudicándolo”¹⁷³. O, como señala Carranza, “aquella zona ajena a la persona individual en que ella tiene derecho a impedir intrusiones y donde, haciendo necesaria la regulación jurídica que vede toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, que permiten -bueno es puntualizarlo- la libre ejercitación de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social”¹⁷⁴.

¹⁷¹ MORALES GODD, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 207; también, Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. Derecho de las Personas. Op. cit. p. 59 (ésta es llamada como ‘intimidad de la vida privada’); Mario MADRID-MALO GARIZÁBAL. Derecho a la intimidad. Op. cit. p. 08 (“esfera más profunda, inherente y reservada de la personalidad del ser humano”).

Sin embargo, para BIANCHI la distinción entre vida privada e intimidad “es más aparente que real. No encuentro ni desde el punto de vista lingüístico ni del jurídico diferencia relevante entre lo íntimo y lo privado” [Hábeas Data y derecho a la privacidad, cit. por Miguel M. PADILLA. Fuentes constitucionales del derecho a la intimidad. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, t. 1998 – F (1998), p. 911].

¹⁷² ROMERO COLOMA, Aurelia María. Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Op. cit. p. 58.

Para la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, ‘intimidad’ nos deriva a la “zona espiritual íntima y reservada de una persona o un grupo, especialmente de una familia” [Diccionario de la Lengua Española].

¹⁷³ PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Op. cit. t. I, p. 491.

¹⁷⁴ Los medios masivos de comunicación y el derecho privado. Op. cit. p. 41.

A veces se ha llegado a exagerar sobre su validez dentro del Ordenamiento: “la vida privada no resulta un valor absoluto. Sí lo sería, en cambio, la vida íntima, que alcanza aquello de más interior en la persona”¹⁷⁵.

Para Bullard González, la razón de ser de la intimidad puede ser entendida a partir de la teoría de los derechos de propiedad, convirtiéndose en “una institución económicamente eficiente y que maximiza el bienestar existente en nuestra sociedad y permite un mejor uso de los recursos escasos”¹⁷⁶.

Para lograr su firme protección, es necesario concretar tres aspectos de esta intimidad. Lo primero es considerar a la persona misma, luego su relación con la familia, para por último ver el domicilio, lugar en el que se produce este respeto¹⁷⁷.

a. La intimidad personal

Es la clásica concepción de este derecho fundamental. Es una negación a la actividad de los demás en nuestro ámbito privado. Aunque en nuestro país aparece como un derecho independiente (artículo 2.7¹⁷⁸), esto no sucede igual en la mayoría de los casos del Constitucionalismo Comparado¹⁷⁹ en la que es claramente una parte del derecho a la vida privada.

¹⁷⁵ VÁSQUEZ, Aldo. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 34, siguiendo a GONZÁLEZ GAITANO.

¹⁷⁶ No se lo digas a nadie. Op. cit. p. 172.

¹⁷⁷ En este punto es muy clara la Jurisprudencia Comparada, en la cual la intimidad, o como la denominan ‘reserva’, “consiste en la tutela de aquellas situaciones y actitudes estrechamente personales y familiares, las cuales, aunque se verificaran fuera del domicilio doméstico, no tienen para los terceros un interés socialmente apreciable, contra las injerencias que aunque se efectúen por medios lícitos, con finalidades no exclusivamente especulativas [...] no sean justificadas por intereses públicos preeminentes” [Sentencia de la Suprema Corte de Italia, rec. por Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. Derecho a la identidad personal. Op. cit. p. 164]. En este concepto podemos ver que se han mezclado la intimidad personal, la familiar y el domicilio.

¹⁷⁸ Al igual que la nuestra, las Constituciones de Ecuador (artículo 19.3), El Salvador (artículo 2), España (artículo 18.1), Honduras (artículo 76), Costa Rica (artículo 24) y Cabo Verde (artículo 38)

¹⁷⁹ La intimidad en algunos textos constitucionales aparece como un supuesto de hecho de la vida privada y no como un derecho autónomo. Así, en las Constituciones de Brasil (artículo 5.X), México (artículo 16, en el que se utiliza la fórmula de que nadie puede ser molestado en su persona), Paraguay (artículo 33), Portugal (artículo 33.1, como reserva de una intimidad en la vida privada), Etiopía (artículo 26.1, como protección de la persona) y Colombia (artículo 15.a).

Si bien en un primer momento incluyó solamente el ser dejado en paz, ahora puede concebirse como una serie de presupuestos que logren la tranquilidad personal, una vida personal sin interferencias no deseadas.

Explicábamos que al inicio, tanto Cooley¹⁸⁰ como Warren y Brandeis¹⁸¹, sostenían que este derecho debería ser asimilado a un ‘ser dejado en paz’, ser dejado solo y tranquilo. Ahora aparece como un derecho de toda persona de decidir un tiempo de soledad, recogimiento y quietud que le permitan reflejarse sobre sí mismo¹⁸², análisis relacionado con el ‘fuero interno’ que Thomasio y Kant sitúan al margen del Estado y de las relaciones sociales comunitarias¹⁸³. Es lo que se conoce como el ‘*ius solitudinis*’ o como diría Holfeld, una pretensión de libertad, poder e inmunidad para disponer un ámbito de vida personal sustraído de cualquier tipo de intromisiones perturbadoras o no deseadas¹⁸⁴.

En este extremos parece importante recordar lo que Nizer señalaba respecto a la vida privada: “es el derecho de una persona a vivir una vida de reclusión y anonimato, libre la malsana curiosidad que suele acompañar la fama y a la notoriedad. Es un reconocimiento de la dignidad de la soledad, de la majestad de la voluntad y poder libres de un hombre para moldear su propia dignidad, de la sagrada inviolable naturaleza del más íntimo yo humano”¹⁸⁵. En fin, la intimidad personal puede ser concebida como “espacios invulnerables, libres, sometidos únicamente a la conciencia y voluntad del sujeto, indestructibles, y donde no

¹⁸⁰ *The elements of torts*, cit. por Delia Matilde FERREIRA RUBIO. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 42.

¹⁸¹ El derecho a la intimidad. Op. cit. pp. 24 y ss.

Brandeis, posteriormente (años veinte), cuando se desempeñaba como Juez de la Suprema Corte de su país, señaló en el caso *Olmstead c/ United States*, que “los padres de nuestra Constitución [...] nos confieren [...] el derecho a ser dejados en paz, el más comprensivo de los derechos y el más valorado por los hombres civilizados” [cit. por Delia Matilde FERREIRA RUBIO. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 42].

¹⁸² El inicio en el pensamiento moderno de un sentimiento de soledad es el que nos muestra SAN AGUSTÍN, al realizar sus ‘confesiones’ desarrollando su doctrina de la interioridad: la soledad aparece como la sustancia. Un estudio sobre el santo puede encontrarse en Salustiano ALVAREZ y otros. *San Agustín y la liberación. Reflexiones desde Latinoamérica*. Simposio de la Organización de Agustinos de Latinoamérica (OALA). Lima: CEP, 1986. pp. 21 y ss. Sobre este punto, también véase Eduardo NOVDA MONREAL. *Derecho a la vida privada y libertad de información*. Op. cit. p. III. Además, nada más íntimo hay que estar acostado junto a su pareja y disfrutar de esos detalles, tal como SARTRE nos los pormenoriza en *Intimidad*. En: *El muro y otros*. Lima: Populibros, 1900. pp. 85 y ss.

¹⁸³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op. cit. p. 322.

¹⁸⁴ *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, cit. por Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. Dilemas actuales de la protección de la intimidad. Op. cit. p. 15.

¹⁸⁵ Cit. por Jame FERNÁNDEZ DE ZUBIRÍA. *Derecho de privacidad, Derecho Internacional y Derechos Humanos*. Op. cit. p. 51.

pueden –o no deben– entrar ni los poderes públicos ni el resto de los ciudadanos y grupos sociales”¹⁸⁶.

A través de la intimidad personal se deben evitar la intrusión en el esquema del *right to privacy*. Pero que un acto se puede considerar como tal, se deben analizar dos criterios. El primero de ellos es la razonabilidad de los medios usados. El segundo es el propósito de la afectación (análisis del fin).

Entonces lo que se debe evitar son los ataques innecesarios¹⁸⁷. Por ende, vida privada se puede identificar con ‘aislamiento’, en un cuádruple sentido: soledad (imposibilidad física de contacto), intimidad familiar, anonimato (identificación personal) y reserva¹⁸⁸ (barrera psicológica frente a intrusiones no deseadas).

Debemos, entonces, proteger a la intimidad personal en diversos aspectos, entre otros a la sexual¹⁸⁹, religiosa¹⁹⁰, sanitaria¹⁹¹, corporal¹⁹² o genética¹⁹³.

¹⁸⁶ RODRÍGUEZ, Jesús P. El proceso de constitucionalización de un exigencia ética fundamental. Op. cit. pp. 385 y 386.

¹⁸⁷ Así, se ha llegado a afirmar que “cualquier persona viviendo una vida recta tiene el derecho a la felicidad, lo cual incluye estar libre de ataques innecesarios al carácter” [*Leading case* Melvin c/ Reid, Jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, rec. por Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 106].

¹⁸⁸ ‘Reserva’ es la “prevención o cautela para no descubrir algo que se sabe o piensa” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española).

¹⁸⁹ Sentencia del Tribunal Europeo, Casos Dudgeon (60) y Norris (A 142, 38) rec. por Carlos RUIZ MIGUEL. El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 35.

Además, “debe recordarse que muchas de las conductas que configuran el acoso sexual, no son sino atentados contra la intimidad de la persona acosada, al implicar la apropiación de información personal de ésta sin su consentimiento libre, por parte de quien realiza el acoso” (MARZO, Pier Paolo. El derecho a la intimidad. Op. cit. punto 4; en el mismo sentido, Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 89).

¹⁹⁰ PAREJO ALFONSO, Alfonso. El derecho fundamental a la intimidad. Op. cit. p. 48.

Un mensaje desde la propia Iglesia: “Esto es intimidad, esto es relación vital con Dios que, como para David, para Juan, tal intimidad le descubrió el corazón de Dios de tal manera que nada le fue más importante nunca más. Conocer a Dios así, en la frecuencia familiar, en la relación especial y en la confianza, es el propósito de la cruz: Ésta es la vida eterna, que te conozcan a Ti, único Dios vivo verdadero” (Intimidad con Dios. En: <http://www.servicios-globales.com>).

¹⁹¹ Según la Ley General de Salud, Ley n° 26842, “toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad” (artículo 15.a).

Además, Sentencias del Tribunal Constitucional español 20/1992, del 14 de febrero, respecto a la identificación de una persona como portadora del SIDA [rec. por Francisco EGUIGUREN PRAELI. La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. p. 63] y 231/1988, respecto a su relación con el secreto médico [rec. por Fernando HERRERO-TEJEDOR. Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Op. cit. p. 47].

¹⁹² MARTINEZ DE PISÓN CAERO, José. La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Op. cit. p. 326; seguido por Carlos Eduardo MUENTE JIMENEZ. El derecho a la vida privada y las acciones de garantía (Hábeas Corpus y Amparo). Tesis (bachiller). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 1986. punto 21.

En nuestro Ordenamiento este supuesto de hecho es claramente tratado en el artículo 2.7 de la Constitución, y es, además, el espacio que básicamente protegen nuestros Códigos Penal y Civil.

El artículo 155 del Código Civil señala que la vida privada evita que se ponga “de manifiesto” la vida privada de las personas; esto es, se desea que se guarde este ámbito del conocimiento de los demás. Y para el artículo 14 del Código Civil se considera como vulneración a este derecho, la observación, la escucha o el registro de un hecho, palabra, escrito e imagen de una persona. Es decir, en pocas palabras, la intromisión en el ámbito privado.

También existen referencia específicas de esta supuesto de la vida privada en otras partes de la legislación. Según el Código de Ejecución Penal, las comunicaciones que reciban los internos “se realizan respetando la intimidad y privacidad del interno y sus interlocutores” (artículo 37). Además, según la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Ley n° 26122, se protege la intimidad de los empresarios: “Se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Califican dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior, entre otras, las manifestaciones que refieran a [...] la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado” (artículo 11).

b. La intimidad familiar

La vida privada también incluye los actos familiares, tal como lo acota la Constitución de 1993, puesto que la familia es una unidad natural de

¹⁹³ MUÑOZ DE ALBA ha señalado que “en caso de identificarse cada uno de los 3500 millones de genes que se estiman contenidos en los cromosomas del hombre, como pretende el Proyecto Genoma Humano, podríase realizar ‘mapas genéticos’ completos de personas a partir de cualquiera de sus células” [La informática frente al derecho a la intimidad, cit. por Pier Paolo MARZO. El derecho a la intimidad. Op. cit. punto 4].

socialización del ser humano¹⁹⁴, con alto contenido emocional y sentimental, dentro de la cual se producen situaciones y relaciones de incomparable intensidad con relación a las que cada persona pueda tener con terceros¹⁹⁵. La protección a la familia debe darse en términos similares a la salvaguardia de la intimidad personal.

La relación entre la vida privada con la intimidad de la familia es trascendental. El hombre no vive en soledad sino en relación directa con personas, que siendo afectadas también producen efectos negativos en el titular del derecho.

Por eso reiteramos que “ambos componentes están vinculados pero son distintos; se tratan en conjunto porque sería muy difícil aislar al individuo de su medio familiar e imposible dividir su intimidad personal y familiar en todos los aspectos”¹⁹⁶.

Con respecto a este tema, no se ha determinado a qué nos referimos con el término ‘familia’. El Ordenamiento no ha sido claro en este punto.

Esta indeterminación nos lleva a dos opciones: si sólo incluye las relaciones de parentesco con efecto jurídico (como lo precisa el artículo 236 del Código Civil, en el que se reconoce el consanguíneo, es decir hasta el cuarto grado), o también puede incluir otras, como los existentes en el ámbito andino, respecto a la

¹⁹⁴ Según el artículo 4, el Estado y la comunidad deben proteger “a la familia”, puesto que ésta, conjuntamente con el matrimonio, son “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

¹⁹⁵ La importancia de la familia y la intimidad de sus integrantes hace que, al igual que nuestro artículo 2.7, en otras Constituciones también sea protegida. Sin embargo, su protección se ha dado a través de diversas fórmulas: como parte de la vida privada de la familia se presenta en las Constituciones de Nicaragua (artículo 26.1), Jamaica (artículo 13.c), Croacia (artículo 35), Chipre (artículo 15.1), Chile (artículo 19.4), Liberia (artículo 16), República Eslovaca (artículo 19.2), Portugal (artículo 33.1), Andorra (artículo 14, como protección contra su injerencia ilegal), Antigua y Barbuda (artículo 3), Estonia (artículo 26), Armenia (artículo 20), Bosnia-Herzegovina (artículo 3.f) y Bélgica (artículo 22.1); o, como parte de la intimidad familiar en las Constituciones de Ecuador (artículo 19.3), El Salvador (artículo 2) y Colombia (artículo 15.a). Además, existen algunas referencias indirectas, como en el caso de los secretos familiares (Constituciones de Rusia, artículo 23 y de Kazakstán, artículo 18.1) o peculiares, como cuando se protege las relaciones personales (Constitución de Hungría, artículo 59.1) o se impide molestar a la familia (Constitución de México, artículo 16).

¹⁹⁶ MONTOYA CHÁVEZ, Victorhugo y Paolo TEJADA PINTO. Comunicación: ¿conflicto de derechos? Op. cit. p. 02.

aceptación social de los convivientes o del parentesco espiritual (padrinazgo o compadrazgo).

Todo ha de ser evaluado según las circunstancias y los grupos humanos de que se trate, aún cuando creemos que en principio no puede restringirse el contorno de lo que se entiende a 'familia' en una sociedad tan pluricultural como lo nuestra. Además esta diversidad de costumbres ha sido reconocido por la Constitución (artículo 2.19) y un concepto de familia no puede ir contra ello. De esta manera debemos recoger ciertos postulados de la teoría social.

Para la Jurisprudencia Comparada, "la vida familiar abarca, además de los vínculos paterno-filiales, los existentes entre los parientes más cercanos, como abuelos y nietos, en la medida en que aquéllos pueden jugar un importante papel en la vida familiar de éstos"¹⁹⁷.

Desde nuestro punto de vista, debe aceptarse un concepto de familia amplio puesto que lo que el constituyente ha intentado es evitar la afectación emocional de una persona y su núcleo de confianza: todo aquel cuya intimidad sea vulnerada puede ser objeto de protección por parte del derecho a la vida privada.

c. El domicilio

En el caso nacional, se sigue protegiendo como derecho independiente, aunque creemos que es parte de un derecho a la vida privada, tal como se puede rescatar tanto del tratamiento del Constitucionalismo Contemporáneo¹⁹⁸ como de su significado y relevancia práctica.

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Marckx (52, 1979), rec. por Carlos RUIZ MIGUEL. El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 39.

¹⁹⁸ Se le protege como supuesto de la vida privada en los artículos 16 de la Constitución de México, 26.1 de la Constitución de Etiopía, 3 de la de Antigua y Barbuda, 3.f de la de Bosnia-Herzegovina, 59.1 de la de Hungría, sección 8.1 de la de Finlandia, 16 de la de Liberia, 31 de la de Siria, 18.2 de la de Eritrea y 14 de la de Italia.

Acá debemos precisar lo que significa ‘domicilio’ que en principio debe ser entendido, como zona especialmente importante que protege la intimidad. A partir de este espacio, la tutela jurídica de la vida privada podrá hacerse efectiva. La manera cómo nos presenta el tema el legislador es a través de ‘inviolabilidad de domicilio’¹⁹⁹.

A través de este supuesto de hecho se “asegura a la persona y a su familia un reducto o espacio físico inexpugnable, ajeno a los otros, en el que puede resguardarse aislándose del tumulto de la vida moderna, gozar del recogimiento necesario y proyectar tranquilamente su personalidad, alejado y libre de las intromisiones o contactos que el sistema social normalmente acarrea”²⁰⁰. A través de la Jurisprudencia Comparada, podemos encontrar que la esencia misma de la protección del domicilio está en la dignidad: una vulneración real de aquél incluye la afectación de la intimidad de una persona y su esencia como ser²⁰¹.

Para especificar el ‘espacio’ realmente protegido por el término ‘domicilio’, la Comisión Calcutt ha señalado que en él debe incluirse²⁰²:

- residencia donde se vive, así como cualquier propiedad privada;

¹⁹⁹ La protección del domicilio se da en un sinnúmero de Constituciones, bajo la denominación básica de la inviolabilidad de domicilio, casa o morada o como una posibilidad de retiro: Armenia (artículo 21), Bolivia (artículo 21), Bahamas (artículos 15 y 21), Barbados (artículo 11.b), España (artículo 18.1), Argentina (artículo 18.c), Albania (artículo 56), Alemania (artículo 13), Estados Unidos de Norteamérica (Tercera y Cuarta Enmiendas), Namibia (artículo 13.1), Brasil (artículo 5.XI), Bulgaria (artículo 33), Chile (artículo 19.5.a), Camboya (artículo 40), Costa Rica (artículo 23), Cuba (artículo 56), China (artículo 39), Chipre (artículo 16), Dominica (artículo 1), Dinamarca (sección 72), Yemén (artículo 35, incluye centros de trabajo e instituciones educativas), Uruguay (artículo 11), República Dominicana (artículo 8.3), Rusia (artículo 25), Omán (artículo 27), Marruecos (artículo 10.2), Nicaragua (artículo 26.2), Filipinas (sección 2), Panamá (artículo 26), Portugal (artículos 34.1 y 34.3), Líbano (artículo 14), Libia (artículo 12), Ecuador (artículo 19.7), Egipto (artículo 44) y República Eslovaca (artículo 21.1). A veces también se incluye la separación de la protección de día y noche (artículos 34.3 de la Constitución de Portugal, 11 de la de Uruguay y 21 de la de Bolivia) y la separación tiempos de paz o guerra (Tercera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica).

²⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-454/95, del 9 de Agosto de 1995, rec. Pier Paolo MARZO. El derecho a la intimidad. Op. cit. punto 4. En el mismo sentido, Aurelia María ROMERO COLOMA. Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Op. cit. 97 (“especie de fortaleza dentro de la cual nadie puede perseguirle, buscarle o molestarle”, salvo excepciones).

²⁰¹ Dos sentencia en este sentido: Caso Parrish c/ Civil Service Commission del Tribunal Supremo estadounidense, rec. por Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. pp. 117 y 118; 22/1984 del Tribunal Constitucional español, rec. por Francisco RUBIO LLORENTE. Derechos fundamentales y principios constitucionales. Op. cit. p. 182.

Una clara muestra de la relación de la vida privada con otros derechos la podemos encontrar en un precedente de la Jurisprudencia Comparada. En dicho caso se trataba de que la Oficina de Bienestar Público de California creó la ‘operación *bedcheck*’, mediante la cual uno de sus empleados se debía presentar un domingo por la mañana a los domicilios de los indigentes (personas que recibían ayuda del Estado) para comprobar que no existiesen personas no autorizadas a habitar allí. Un asistente social se negó a participar de dicho plan por afectar el derecho de aquellas personas, siendo despedido. El afectado acudió a los tribunales, los mismos que restituyeron al empleado a su actividad y declararon inconstitucional el método.

²⁰² Cit. por José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ. La protección penal del derecho a la intimidad. En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Lima, c/ 50 (1993). pp. 345 y 346.

- terreno inmediato a dicha residencia (en el cual se incluye el jardín y dependencias externas, pero que excluye cualquier área contigua);
- habitaciones de un hotel (pero no otras zonas del mismo)²⁰³;
- zonas de un hospital o clínica en la que se aloja un paciente.

Para la Constitución de Yemén (artículo 35) también deben protegerse como parte del domicilio, los centros de trabajo²⁰⁴ y las instituciones educativas.

El artículo 2.9 parece indicar un concepto de domicilio como hogar solamente, al señalar indirectamente que éste es el lugar que la persona habita. Lo que creemos que tan sólo ha trasladado el problema a determinar qué significa 'habitar'.

A nuestro entender un concepto válido de domicilio dentro de la estructura de la Constitución ha de formarse a partir de una protección de todo lugar en el que la persona realice actos íntimos. En este sentido, una noción adecuada será la de domicilio en sentido amplio, tal como lo concibe el Código Penal.

Para el artículo 169 de nuestro Código Penal existen cuatro formas de domicilio protegidas -algo similar a la propuesta de la Comisión Calcutt-: morada (lugar donde se desarrollan las actividades domésticas), negocio (donde se desarrolla la persona profesionalmente), dependencia (espacios accesorios de las moradas o casas, como un patio o un garaje) y recinto habitado (cualquier lugar ocupado; concepto que sirve para cubrir cualquier omisión en los supuestos anteriores).

²⁰³ Coincide con este planteamiento la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-282, del 5 de junio de 1997, rec. por Pier Paolo MARZO. El derecho a la intimidad. *Ob.cit.* punto 4.

²⁰⁴ En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Niemitz (A 251-B, 31, 1992), rec. por Carlos RUIZ MIGUEL. El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. *Op. cit.* p. 44.

Es importante conocer qué dice nuestro Código Civil al respecto. Éste considera como domicilio “la residencia habitual de la persona en un lugar” (artículo 33). Además el legislador ha acogido la teoría de la pluralidad de domicilios, esto es en función de su residencia y/o ocupación (artículo 35).

B. No-revelación de datos personales

Un primer punto acerca de la vida privada, como es la intimidad, relacionaba persona y espacio. Ahora es conveniente percatarnos de cómo la vida privada incluye también la correspondencia persona – datos²⁰⁵.

Entonces, “el incremento de los medios técnicos de tratamiento de la información puede ocasionar este efecto y, correlativamente, se hace precisa la ampliación del ámbito de juego del derecho a la intimidad, que alcanza restringir las intromisiones en la vida privada puestas en práctica a través de cualquier instrumento, aún indirecto, que produzca este efecto, y a incrementar las facultades de conocimiento y control que se otorgue al ciudadano, para salvaguardar el núcleo esencial de su derecho”²⁰⁶.

No obstante esta declaración, para Bullard González con ello se estarían admitiendo “la posibilidad no sólo de crear una imagen falsa o incompleta de lo que somos, sino incluso que se sancione a quienes pretenden difundir una imagen nuestra que se asemeje más a la realidad de los hechos”²⁰⁷.

²⁰⁵ En general se protegen los datos: la Constitución de Kazakstán en su artículo 18 (secretos), Georgia en su artículo 20.1 (papeles personales), la de Hungría en su artículo 59.1 (papeles, recuerdos, datos y secretos).

²⁰⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional español 254/1993 y 143/1994, rec. por Fernando HERRERO-TEJEDOR. Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Op. cit. pp. 59 y ss.

Además, para la Asamblea General de las Naciones, “[t]odos los Estados adoptarán medidas tendientes a extender a todos los estratos de la población los beneficios de la ciencia y la tecnología y a protegerlos, tanto en lo social como en lo material, de las posibles consecuencias negativas del uso indebido del progreso científico y tecnológico, incluso su utilización indebida para infringir los derechos del individuo o del grupo, en particular en relación con el respeto a la vida privada y la protección de la persona humana y su integridad física e intelectual” [Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad, dada el 10 de noviembre de 1975].

²⁰⁷ No se lo digas a nadie. Op. cit. p. 175.

Esto es lo que denomina PROSSER, la ‘protección legal de la cara que presentamos al mundo’ [*Overcoming Law*, cit. por el propio BULLARD GONZÁLEZ a pie de página].

Es menester en este punto analizar diversos supuestos específicos²⁰⁸ en que los datos no deben ser expuestos ante los demás, pues dicha exhibición afectaría el derecho a la vida privada.

a. Banco de datos

Para realizar un análisis interpretativo correcto del artículo 2.7, debemos acudir a los artículos 2.5 y 2.6. Según éstos, cualquier tipo de manifestación de datos (que brinde la Administración o cualquier tipo de servicios informáticos, respectivamente) no debe afectar la vida privada de las personas; a ello hace expresa mención la propia norma constitucional.

Dentro de la *Inferential Relational Retrieval*²⁰⁹, existen intereses a protegerse. Dos de ellos nos interesan: cualquier banco de datos, ya sea privados o públicos²¹⁰, debe respetar la confidencialidad de los mismos (sobre todo respecto a los datos sensibles) y evitar que los datos sean utilizados de manera ilícita.

Esta protección se sustenta en lo que Baker denomina el ‘principio de pertenencia de los datos personales memorizados’²¹¹, base de lo que luego sería el *Data Protection Act* de Inglaterra (1984). En el mismo sentido, la *Fair Reporting Act* (1970) del Congreso estadounidense que fue dado para “protegerse al cliente de las

²⁰⁸ Dentro de estos casos no se encuentra uno que según la Jurisprudencia Comparada evita incluirlo dentro de la vida privada: un funcionario del Instituto Andaluz de Reforma Agraria había sido sancionado administrativamente, siendo la resolución presentada a los medios de comunicación social por el presidente de la entidad gubernamental, sin embargo dicha nota “no puede ser considerada como un ‘dato privado’ [...] Es de tener en cuenta, ante todo, que la primera de las noticias en relación con el expediente disciplinario no proviene de la Administración, sino del propio expedientado” [Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 110/1984, del 26 de noviembre, rec. por Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 170].

²⁰⁹ RODOTÁ, cit. por Juan MORALES GODO. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 234.

Con igual razonamiento, Constituciones de Armenia, artículo 20, Croacia, artículo 37.1, Colombia, artículo 15.b, Rusia, artículo 24 y Portugal - 35.1.

²¹⁰ Así, para la Ley Orgánica española 5/92, de 29 de Octubre, De Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos, “será de aplicación a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores públicos y privados y a toda modalidad y de uso posterior, incluso no automatizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado” (artículo 2).

²¹¹ Propuesta dada en 1969, cit. por Miguel Ángel EKMEKDJIAN y Calogero PIZOLLO. Hábeas Data. Op. cit. p. 17.

entidades de crédito de la ‘invasión de la *privacy*’ por parte de las agencias informativas”²¹².

En este punto debemos recordar que si bien, como decíamos, no debe incluirse dentro de la vida privada un espacio económico, sí tiene relación con este derecho la reserva tributaria y el secreto bancario sólo en cuanto buscan determinar las características esenciales de la persona.

Ha sido muy claro el constituyente al diferenciar ambos supuestos²¹³ pero creemos que la trascendencia de lo tributario y lo bancario pueden ir más lejos de su contenido patrimonial para ser elementos, que conjuntamente con otros de la vida privada, puedan reconstruir la ‘percepción’ y ‘representación’ de la persona e interferir en su tranquilidad.

Por la reserva tributaria lo que se intenta tutelar es la posibilidad de que cualquier persona pueda mantener sus movimientos tributarios ajenos al conocimiento público²¹⁴. El secreto bancario es una obligación que se le impone a las instituciones financieras para no revelar a nadie, sin participar causa alguna, datos referentes a sus clientes²¹⁵. Esto también involucraría el conocimiento público del *status* económico de cada persona. Ambos se encuentran protegidos, de manera indirecta, por el artículo 2.5: sólo “pueden levantarse a pedido del juez,

²¹² HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Honor, intimidad y propia imagen. Op. cit. p. 43.

A través de este proceso constitucional, se protegen obligaciones ineludibles que tienen los bancos de datos: “Obtener los datos por vías legales y conservarlos en secreto, tener información cierta, completa y actualizada, y proporcionarla sólo cuando media orden de una autoridad competente o cuando la persona involucrada ha autorizado su revelación para el caso concreto” [QUISPE MEROVICH, Carina. El hábeas data y los sistemas de información. En: Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires (1996). <http://www.congreso.cl/biblioteca/estudios/derechoa.htm>].

²¹³ Partiendo del principio de que “los datos personales tienen que ser de uso y manejo exclusivo de cada persona”, se planteaba la necesidad de apartar del contenido de la vida privada a lo económico [Comentario de Carlos TORRES Y TORRES LARA respecto al artículo 2.6. En: Quinta Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Lima, 25 de enero de 1993. www.congreso.gob.pe].

Además en el propio artículo 2.5 se señala como clara excepción del acceso a la información administrativa a la intimidad personal (primer párrafo) pero inmediatamente después señala se refieren como posibilidades distintas al secreto bancario y la reserva tributaria (segundo párrafo).

²¹⁴ Según el Decreto Legislativo n° 806, que en su artículo I modifica el artículo 85 del Código Tributario, “[t]endrá carácter de información reservada, y únicamente podrá ser utilizada por la Administración Tributaria, para sus fines propios, la cuantía y la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o, cualesquiera otros datos relativos a ellos, cuando estén contenidos en las declaraciones e informaciones que obtenga por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros”.

²¹⁵ Según la Ley n° 26702, de 1996, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, “[e]s prohibido a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados” (artículo 140). Dentro de las posibilidades de que la información brindada no estén comprendidas dentro del secreto bancario (artículos 142 y 143), nos parece interesante uno que lo reclamamos para los bancos de datos: para uso estadístico (artículo 142.1.i).

del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”.

b. Secreto de las comunicaciones interpersonales

La protección de las comunicaciones entre los particulares se encuentra básicamente en el artículo 2.10 de la Constitución. Lo que se intenta salvaguardar en este caso es que todo tipo de comunicación entre las personas sea objeto exclusivamente de los intervinientes en el mismo.

Para Fernández Sessarego, a través de este tipo de secreto se debe proteger “toda clase de papeles o documentos privados, epistolarios, memorias, diarios, apuntes, notas o cualquier tipo de comunicación –como serían las cablegráficas, telegráficas o telefónicas- los mismos que deben ser ajenos a toda intrusión, interferencia o divulgación cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la persona”²¹⁶. Entonces, no sólo debe incluirse dentro de este supuesto a formas clásicas de comunicación interprivada como es son las cartas, sino también otras más novedosas y efectivas, como es el teléfono²¹⁷ y, últimamente, el e-mail²¹⁸.

²¹⁶ Derecho de las personas. Ob.cit. pp. 65 y 66.

²¹⁷ Artículos 18.2 de la Constitución de Kazakstán, 20 de la de Armenia, 36 de la de Yemén, 40 de la de Camboya y 20.1 de la de Georgia.

En Jurisprudencia Comparada se ha señalado que “una conversación telefónica, como que consiste en una expresión propia y reservada de la persona, es siempre privada por naturaleza y en consecuencia, inviolable, a menos que los que intervienen en ella consientan en que se haga pública [...]. No es lícito éticamente, por consiguiente, que terceros no autorizados irrumpen en ese recinto privado, cualquiera que sea la materia de la conversación” [Sentencia chilena n° 8, Caso Megavisión, del Consejo de Ética de los Medios de Comunicación, del 30 de Setiembre de 1992]. En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Casos Klass, Malone, Schenk, Kruslin, Huvig y Andersson, rec. por Carlos RUIZ MIGUEL. El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. pp. 47 y 48.

²¹⁸ Constitución de Yemén, artículo 36.

En una novísima Jurisprudencia Comparada (de 1999), se ha señalado que “el tan difundido e-mail de nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc.; es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el Correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema. Es más, el correo electrónico posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal a la que estábamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo pueden emitirse o archivar. Sentadas estas bases preliminares, nada se opone para definir al medio de comunicación electrónico como un verdadero

Nadie tiene el derecho de interceptar comunicación alguna. Esto se encuentra penado. O sea que toda llamada telefónica, envío por correo -clásico o electrónico- o nota entre particulares no puede ser objeto de conocimiento de terceros y menos aún de la interrupción en su curso. El sentido original de este supuesto hace que sea configurado claramente como supuesto de la vida privada.

Este tema ha sido tratado legislativamente. Tras enunciar el derecho que denomina como ‘secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados’, el artículo 2.10 de la Constitución nos presenta ciertas excepciones: “Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen”.

Entonces, como decíamos, en la Constitución aparece como un derecho autónomo²¹⁹. Sin embargo, el propio artículo 12 de la Declaración Universal lo incluye como supuesto del derecho a la vida privada²²⁰. Creemos que este tema se encuentra en artículo distinto al 2.7 puesto existe la posibilidad de que una comunicación no transmita datos personales pero igual no pueda ser objeto de interferencia: se protege a través de este artículo un derecho a las comunicaciones como un derecho a la vida privada. Más claro resulta el Código Civil que en su artículo 16 nos lleva a considerar a este derecho en apariencia independiente como supuesto de hecho de la vida privada (las comunicaciones interpersonales serán

correo en versión actualizada. En tal sentido, la correspondencia y todo lo que por su conducto pueda ser transmitido o receptado, goza de la misma protección” [Sentencia de la Corte Suprema argentina, Caso Jorge Lanata].

²¹⁹ Al igual que en el caso de nuestro país, en la mayoría de países aparece como derecho independiente. Aquí también se usan diversas fórmulas. Se le trata básicamente como inviolabilidad de las comunicaciones en general o solamente de la correspondencia. Así, los artículos 24 de la Constitución de Costa Rica, 18.2 de la de España, 13.1 de la de Namibia, 32 de Siria, 28 de la de Congo, 36.1 de la de Croacia, 17 de la de Chipre, 36 de la de Yemen (que incluye e-mails), 28 de la de Uruguay, 30 de la de Omán, 11 de la de Marruecos (como secreto), 15 de la de Italia, 26.2 de la Nicaragua, 18.c de la de Argentina, 57 de la de Albania, 10 de la de Alemania, 20 de la de Armenia (como confidencialidad), 20 de Bolivia, 5.XII de la de Brasil, 34 de Bulgaria, 19.5.a de la de Chile, 40 de la de Camboya, 24 de la de Costa Rica, 40 de la de China, 17.1 de la de Letonia, 34.1 de la de Portugal, 18.2 de la de Kazajistán, 18 de la de Corea del Sur, 19.8 de la de Ecuador (como inviolabilidad y secreto, igual que en el caso nacional), 22.1 de la de República Eslovaca, 43 de la de Estonia (como secreto), secciones 3 de la de Filipinas y 72 de la de Dinamarca y Cuarta Enmienda de la de los Estados Unidos de Norteamérica.

²²⁰ En muchas Constituciones también aparece como un supuesto de hecho de este derecho: Rusia (artículo 23), México (artículo 16), Etiopía (artículo 26.1), Eritrea (artículo 18.2), Egipto (artículo 45), Bosnia – Herzegovina (artículo 3.f), Belarus (artículo 28), Georgia (artículo 20.1), Georgia (artículo 20.1), Hungría (artículo 59.1), Finlandia (sección 8.2), Lituania (artículo 22.1), Liberia (artículo 16) y Colombia (artículo 15.a).

protegidas cuando “se refieran a la intimidad personal y familiar”) aunque también deja abierta la posibilidad de no serlo (“cuando tenga carácter confidencial” ²²¹).

El Código Procesal Penal²²² agrega además que la Policía puede, si es que el Fiscal no puede asumir de inmediato la dirección de una investigación, registrar las personas involucradas (artículo 106.3) e inmovilizar documentos, libros contables, fotografías y todo elemento material que sirva a la investigación (artículo 106.9). Además es inadmisibles el pedido de interferencia o intervención de la comunicación telefónica (artículo 154).

Además por su carácter comunicativo se ha llegado a considerar a este supuesto no como uno de la vida privada sino como parte de la expresión e información²²³. Y tampoco se encuentran tan alejados de la realidad: la comunicación interpersonal es, lógicamente, una forma más de comunicación.

c. Secreto profesional

El secreto profesional debe ser concebido como el derecho de toda persona a mantener en estado de discreción todo documento, archivo o conocimiento adquirido a raíz de su cargo. Básicamente está dirigido a abogados, médicos, notarios, psicólogos, sacerdotes y periodistas²²⁴. Nadie puede exigirles que revelen sus fuentes de información sobre los temas relacionados con su oficio.

Pero así como aparece como un derecho para ellos, también es un deber. La contracara del derecho del profesional -como decíamos en el capítulo anterior

²²¹ Por ejemplo, si se reproduce una fórmula secreta a través de un email. La protección en este caso lógicamente no es parte de la vida privada. Coincide con esta forma de regulación, Fernando FUEYO LANERI. Sobre el derecho de la persona. Op. cit. p. 175; Diego Manuel LUZÓN PEÑA. Estudios penales. Barcelona: PPU, 1991. p. 449.

²²² Promulgado en 1991, actualmente en *vacatio legis*.

²²³ Constituciones de Bahamas, artículo 23 y Barbados, artículo 20.1.

²²⁴ Sobre la diversidad de secretos profesionales, examinar Aurelia María ROMERO COLOMA. Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Op. cit. pp. 102 y ss.

respecto a los comunicadores sociales- es la facultad para con el particular que confía algún dato de su vida privada a aquél.

El marco general de este derecho se encuentra en el artículo 2.18 de la Constitución. Además el Código Procesal Civil, agrega, en su artículo 220, que nadie puede ser obligado a declarar sobre hechos o conductas que conoció bajo secreto profesional. En este mismo se expresa el artículo 102 del Código Procesal Penal. En el artículo 203 del mismo cuerpo legislativo se señalan ciertas personas protegidas por este secreto profesional²²⁵.

d. Datos sensibles

Están relacionados con el acceso a datos que configuran las creencias de la persona. Por ello, está muy relacionado con el artículo 2.3 de la Constitución. El problema es que la conjunción de estos datos puede dar consecuencia la discriminación de la persona y está en su derecho guardarlos.

Por eso debemos ser muy cuidadosos en las sociedad modernas de la consecución de estas 'informaciones sensibles' (o, 'informaciones sobre datos personales'²²⁶, que incluye creencias o convicciones religiosas, políticas, raciales, hábitos sexuales, circunstancias penales y pertenencia a sindicatos o partidos políticos y otros) ya que esto "puede dar lugar a conductas discriminatorias por parte de quienes tienen monopolios de información"²²⁷. Se usa la misma lógica que en el caso de las 'centrales de riesgo': solamente se protegen si tienen relación con la configuración de la espiritualidad de la persona.

²²⁵ Abogados, médicos, periodistas, Ministros de un culto religioso, notarios, obstetras y otros dispensados expresados por ley expresa.

²²⁶ Término acuñado por la Ley Orgánica española 5/1992, por el que se considerarán a todos los datos "que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual" y que "sólo podrán ser recabados, tratados automatizadamente y cedidos cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente" (artículo 7.3).

²²⁷ MORALES GODD, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 233.

Dentro de la vida privada, en un sentido negativo también debe incluirse toda posibilidad de la creación de una opinión sobre algún tema y no hacerse pública. Entonces, el aparente derecho a la opinión que se consideraba como parte del artículo 2.4 no es más que una forma de vida privada.

Por ejemplo, ¿qué ocurre si un político del gobierno escribe lo que piensa sobre algún tema nacional, pero no lo hace público (por lo cual aún no es derecho a la expresión) y alguien de su confianza lo consigue y sin su consentimiento lo hace público? Lo que se vulneraría en este punto es un claro derecho a la vida privada.

e. Memorias personales y familiares

También nos mostramos favorables a considerar dentro de la vida privada a las memorias personales. Estos son datos que también nos pertenecen.

Por ello dentro de la Jurisprudencia Comparada se ha señalado que “los recuerdos de la vida privada de cada individuo pertenecen a su patrimonio moral y nadie tiene el derecho de publicarlos, ni aún sin torcida intención, sin la autorización expresa y no equívoca del interesado”²²⁸.

Asimismo el artículo 16 del Código Civil, dentro del supuesto de comunicaciones interpersonales, señala que “[l]a publicación de las memorias personales y familiares, en iguales circunstancias, requieren la autorización del autor”.

2.1.2.2. El respeto como proyección

En un sentido actual, los derechos fundamentales de respeto propio han adquirido una actitud más positiva dentro del Constitucionalismo

²²⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de París, del 16 de marzo de 1955, Caso Marlene Dietrich c/ Sociedad France-Dimanche, rec. por Porfirio BARROSO ASENJO. Límites Constitucionales al Derecho de la Información. Op. cit. p. III. En doctrina, Arturo VALENCIA ZEA. Los derechos de la persona (o derechos humanos) en el nuevo Código Civil del Perú de 1984. Op. cit. p. 220.

Contemporáneo. Ello puede encontrarse en el aspecto externo del honor y las actividades objetivas de la vida privada. Veamos.

I. Aspecto externo del honor

Decíamos que el aspecto interno del honor estaba constituido por una dignidad concretizada. Ahora nos toca revisar la forma externa del honor.

Dentro del concepto del honor explicábamos que este bien jurídico debe hacer que la persona sea considerada realmente en situación de efectividad social. Esto es, debe relacionarse perfectamente con los demás en el plano real, no en el plano ontológico.

Por ello, el aspecto externo del honor es la oportunidad de estar en contacto con la sociedad en distintos planos de su existencia. No es que en cada uno de ellos exista un honor diferente, pero sí debemos evitar desaparecer las diferencias marcadas en la actividad personal en dichos ámbitos.

Entonces, a partir de un ámbito interno, el honor no se ha desdoblar en varios, sino que ha de proteger al titular del derecho en las distintas actividades en las que se desempeña²²⁹. En fin, la “dignidad de la persona humana aparece no como una expectativa o como algo fuera de la realidad, sino por el contrario como un hecho tangible, un derecho sujeto a protección e irrenunciable sin admitir privilegio alguno”²³⁰. Es, como señala Carbonell Mateu, una ‘libertad de autodeterminación personal’, *selbstbestimmungsfreiheit*, según la cual “se ataca al honor cuando se altera la posición social del individuo de manera que se le impide

²²⁹ GONZALEZ PÉREZ explica que además de considerarse la dignidad como principio, a través de la cual “constituye una categoría personal pero despersonalizada, absoluta y no relativa a cada sujeto, el derecho al honor protege una dignidad personalizada y relativa a un hombre, como tal y como integrante de una familia, corporación y profesión, por lo que se habla, al lado de un honor individual, de una honor profesional, político, militar y comercial” [La dignidad de la persona. Madrid: Civitas, 1986. cit. pp. 34 y ss.].

ejercer libremente sus propias opciones y los derechos fundamentales que constituyen el contenido de su dignidad”²³¹. Quizá, por dicho motivo, algunos han dividido el honor en diversos elementos que configuran un todo estructural.

Creemos que los principales planos en los que se desarrolla el honor son²³²: el familiar, el laboral y el profesional. En ellos, la posibilidad real del hombre debe verse moldeada según las circunstancias propias de su actividad²³³.

(a) En la familia

Toda persona debe participar socialmente con un grado de efectividad tal que en ello se vea singularizada como parte integrante de la misma. Por ello el primer lugar donde el Derecho debe permitir esa confianza en sí mismo se encuentra en la familia. Para este fin, recordemos el concepto de familia propuesto para el caso de la vida privada.

Además, es un deber de los cónyuges el respeto del honor de su pareja. En caso contrario, el juez puede suprimir la obligación de vida en común²³⁴, o hasta aceptar una separación de cuerpos²³⁵.

(b) En un conflicto armado

En el Derecho Internacional existe una preocupación general por proteger el honor de las personas incluso en guerras. Así, el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra señala, de un lado, que “[l]os prisioneros de guerra tienen derecho, en todas las circunstancias, al respeto de su persona y de su honor” (artículo 14), y de otro, que “[l]as personas protegidas tienen derecho, en

²³⁰ URQUIZO OLAECHEA, José. Los delitos contra el honor en el nuevo Código Penal. Op. cit. p. 236.

²³¹ Libertad de expresión y derecho al honor. Op. cit. p. 52.

²³² Sobre los distintos tipos de presentación del honor: EDUARDO ESTRADA ALONSO. El derecho al honor. Op. cit. p. 23, recogiendo los postulados de FERRARA; CÉSAR SEMPERE RODRÍGUEZ. Artículo 18. Op. cit. p. 457.

²³³ A ello hace referencia las Sentencias del Tribunal Supremo español en el proceso 851/89, de 12 de mayo de 1989.

²³⁴ Artículo 289 del Código Civil: “Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro [...] el honor de cualquiera de los cónyuges [...]”.

²³⁵ Código Civil, artículo 333.4: Una de las causas de separación de cuerpos es “la injuria grave”.

cualquier circunstancia, al respeto a su persona [y] a su honor [...]” (artículo 27)²³⁶.

(c) En el ámbito profesional

La posibilidad de aparecer en igualdad de condiciones ante los demás permite que la persona en el ámbito personal sea tratada como un profesional en la verdadera dimensión de su capacidad como tal.

Por eso se dice que “[e]n la profesión, el título y la habilidad son elementos que constituyen parte esencial” de este derecho y “es en base de todo lo acotado que el honor se hace más sensible y por lo tanto debe ser afinada su delimitación”²³⁷. Este honor es reconocido en la Jurisprudencia Nacional: se protege el honor “y de manera particular la buena reputación en el centro de trabajo”²³⁸. Esto también se debe aplicar a las personas jurídicas en cuanto su actividad así lo disponga.

Así, encontramos la preocupación por parte del Ordenamiento por el respeto del honor de los fiscales²³⁹, los candidatos²⁴⁰ y los artistas²⁴¹.

²³⁶ Dada por la Conferencia Diplomática de Ginebra convocada para la revisión de los convenios de 1929, en Ginebra el 12 de agosto de 1949; aprobada en el Perú por Resolución Legislativa 12412 (1955); instrumento de ratificación del 26 de diciembre de 1955, depositado el 15 de febrero de 1959; entrada en vigencia, el 15 de agosto de 1956.

Además, el Protocolo II Adicional a este Convenio, cuando se refiere a las garantías fundamentales del trato humano, apunta que “[t]odas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona [y] su honor [...]” [Dada por la Conferencia Diplomática sobre reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados, el 8 de junio de 1977; suscrito por el Perú el 12 de diciembre de 1977; aprobado por Resolución Legislativa 25029 (1989); instrumento de ratificación del 27 de junio de 1989; depositado el 14 de julio de 1989].

²³⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Estudio de Derecho de las Personas. Op. cit. p. 210.

²³⁸ Caso José Andrés Palacios Romero y Albino de la Cruz Ríos c/ Luis Coli Lozada, Sentencia del 12º Tribunal Correccional de Lima, Expediente 6-87, Delito de calumnia, rec. por Manual de Legislación Penal. Op. cit. p. 323.

²³⁹ Según el Código de Ética del Ministerio Público, “los Fiscales tienen el deber de lealtad para con sus superiores y demás Fiscales, dentro de un marco de objetividad, razonabilidad y honor” (artículo 12.a).

²⁴⁰ Dentro de los delitos contra el derecho de sufragio se considera un delito el acto por el cual alguien realice una propaganda electoral que “agravia en su honor a un candidato o a un partido” (Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, artículo 389; Texto Único Integrado del Decreto Ley 14250, Ley nº 26340, artículo 228).

Además, la Resolución nº 122-95-JNE, señala que los observadores electorales no pueden “ofender, difamar o calumniar a las instituciones, autoridades electorales, agrupaciones políticas o candidatos” (artículo 3.c).

²⁴¹ Podemos encontrar la protección del honor del artista cuando el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas expresa que “[i]ndependientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación” (artículo 6 *bis*) [Dado el 9 de septiembre de 1886, completado en París (1896), revisado en Berlín (1908), completado en Berna (1914) y revisado en Roma (1928), en Bruselas (1948), en Estocolmo (1967) y en París (1971)]. En un sentido similar, el Decreto Legislativo 822, Ley sobre el derecho de autor (1996), cuando señala que los artistas intérpretes tienen derecho a “oponerse a toda deformación, mutilación o a cualquier otro atentado sobre su actuación que lesiones su prestigio o reputación” (artículo 131.b) y el Código Penal, cuando expresa que será considerado delito, haciendo referencia a la autorización para publicación de una obra, el que se “estampe el nombre con adiciones o supresiones que afecten la reputación del autor como tal” (artículo 216.b).

Sin embargo, y con razón se ha señalado en la Jurisprudencia Comparada “que el prestigio profesional cabe dentro del concepto del derecho al honor, pero la crítica de un informe técnico, aunque sea realizado en un periódico local, y en el que se planteara la duda de que el profesional que realizó tal informe, hubiera estado en el lugar al que se refería el mismo, nunca podrá estimarse como una afrenta al honor determinado de dicho profesional”²⁴².

Antes de concluir este análisis, creemos conveniente presentar una postura muy peculiar, respecto al supuesto positivo de este derecho. Un planteamiento innovador nos conduce a diferenciar honor y ‘seguridad interior del Estado’, aunque nosotros no lo compartimos.

La propuesta de Bustos Pueche, reconoce esta heterogeneidad a partir de la posición o ámbito en el que se encuentra la persona, ya sea natural o jurídica. En sus relaciones interprivados y familiares, la condición de semejanza se encuentra protegida por el derecho al honor. En sus relaciones en las que está en juego el prestigio o dignidad de las instituciones públicas (como puede ser el caso de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos), lo que está en juego es un derecho a la ‘seguridad interior del Estado’²⁴³.

A través de esta doctrina, lo que se ha intentado ha sido separar los supuestos que más cercanía tienen con los límites externos de este derecho para así aceptar la respuesta final ante la relación con otros derechos fundamentales. La razón de ser de un exposición como ésta se encuentra justificada debido a que los momentos en que se hizo ella, la Jurisprudencia se encontraba proponiendo la idea de prevalencia de la expresión sobre el honor, por lo que trataba de buscarse una respuesta, desde nuestro punto de vista en las fronteras de lo aceptable, para

²⁴² Sentencia de la Primera Sala del Tribunal Supremo español del 22 de enero de 1999, rec. por www.aranzadi.es/online/publicaciones/aja.0399/juris.html.

²⁴³ ¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor? Op. cit. p. 10 y ss.

A través de él, se permitiría “el ejercicio de crítica respecto a las instituciones, órganos, cuerpos o clases determinadas del Estado, así como de sus autoridades o funcionarios, por razón de su cargo”; esta crítica encontrará “su razón de ser en la necesidad social de que los ciudadanos respeten las instituciones del propio Estado al que pertenecen, a las que pueden censurar, exigir mejor funcionamiento o negar, incluso, su razón de existir, pero siempre por servicio al bien común y no por desahogo personal o motivaciones abyectas” [Ibid. p. 13].

impedir la inexistencia real de un derecho como el honor. Un buen intento, pero creemos que innecesario. Lo que no es parte del honor está simplemente protegido por otro derecho, no en concordancia con él sino delimitados: en este caso, lo que no es honor, es expresión o información.

II. Actividades positivas de la vida privada

Cada uno de los elementos de la dimensión negativa, tiene su contraposición en la positiva; frente a la intimidad, está la autonomía; frente a la no-revelación de datos personales, la autodeterminación informativa.

Además quisiéramos dejar constancia que las dos actividades que presentaremos usan el prefijo 'auto'. Esto hace referencia a una actividad real, concreta de cada persona²⁴⁴, que busca naturalmente, desarrollarse 'en sí mismo'.

Madrid-Malo Garizábal considera que estos supuestos de hecho, a los que denomina en su conjunto como 'arbitrio', permiten a la persona "adoptar, en la esfera de lo íntimo, los comportamientos y actitudes más ajustados a las orientaciones y preferencias que asuma en ejercicio de su autodeterminación y de su autodisponibilidad"²⁴⁵.

A. Autonomía

²⁴⁴ Esta nueva vertiente de la vida privada debe ser considerada como un verdadero 'salto de calidad' en la ciencia jurídica, y tal como dice FERNÁNDEZ SESSAREGO, "de la defensa de indiscreción o curiosidad se pasa a la tutela de la persona en una dimensión activa" [Derecho a la identidad personal. Op. cit. p. 151].

²⁴⁵ Derecho a la intimidad. Op. cit. p. 08.

Esta se refiere a la capacidad de cada persona de tomar la decisión que crea la más conveniente dentro de las zonas básicas de su existencia. Este supuesto no está presente en nuestro Ordenamiento, pero puede derivarse a través de un estudio sistemático del Texto Constitucional.

Y esto se da así debido a que “[e]l ser humano es ‘lanzado’ a la existencia; se encuentra en una ‘circunstancia’ que está dada por los condicionamientos económicos, sociales, culturales, pero a diferencia del disparo de un fusil cuya trayectoria ya está determinada, el ser humano está en la posibilidad o en la ‘fatalidad’ [...] de elegir. Somos lo que podemos ser. Estamos ‘condenados’ a ser libres”²⁴⁶.

Quizás es en 1965 cuando se configura, jurisprudencialmente, lo que se puede considerar como autonomía: la posibilidad de tomar decisiones en el ámbito privado²⁴⁷. Esta “capacidad de autolimitar, por medio de manifestaciones de voluntad, nuestra propia voluntad, nuestra propia libertad” permite a la persona a “desenvolverse fuera de intromisiones”²⁴⁸.

Para la Comisión Andina de Juristas, la autonomía -llamada ‘intimidad personal como libertad’- se refiere a un supuesto que “trasciende y se realiza en el derecho de toda persona a tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada”²⁴⁹. Además, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, en su

²⁴⁶ MORALES GODD, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. III.

²⁴⁷ Precedente estadounidense *Griswold c/ Connecticut*, de 1965, en el cual se consideró inconstitucional la prohibición de vender, distribuir y utilizar anticonceptivos, por ser parte del derecho a la vida privada de una pareja decidir sobre su uso, utilizando para realizar este argumento la enmienda IV a la Constitución [rec. por Francisco EGUIGUREN PRAELI. La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. p. 53]. En el mismo sentido, Sentencia de la Corte Suprema estadounidense, *Caso Eisenstadt c/ Baird*, de 1972 (en este caso se amplía la posibilidad de usar anticonceptivos a personas no unidas en matrimonio).

Un juez administrativo alemán señaló que “vale ciertamente también en las relaciones entre dependientes y empleador, y cubriendo, sin lugar a dudas, las decisiones autónomas del sujeto en orden a sus relaciones extramatrimoniales que tengan como consecuencia el nacimiento de un hijo natural, cubre además la decisión de la mujer de revelar, o no, la identidad del padre, y de hacer valer, o no, en contra de éste, pretensiones patrimoniales vinculadas con el embarazo y el parto” [Sentencia del OJ de septiembre de 1970, rec. por Juan ESPINOZA ESPINOZA. La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la informática (I). Op. cit. p. 57].

²⁴⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. No se lo digas a nadie. Op. cit. p. 170.

A continuación, el nacional presenta un interesante ejemplo sobre este supuesto de hecho: cuando una persona, mediante el ejercicio de su autonomía privada, decide trabajar como empleado en una empresa por ocho horas diarias sujetándose a una estructura jerárquica, acepta indirectamente ceder parte de su tiempo y su espacio a un tercero a cambio de una retribución. No sólo se compromete a prestar un servicio sino en ceder o relativizar parte de su derecho a mantenerse (durante dichas ocho horas) fuera del alcance de ser visto por los demás” [Ibid. loc. cit.].

²⁴⁹ Intimidad personal. En: Derechos humanos de la página Web de la Comisión Andina de Juristas. <http://www.cajpe.org.pe/rij/sistema/ddhh/pe.htm>.

resolución 428 ha señalado que la vida privada debe entenderse también como “poder conducir su vida como uno pretenda, con un mínimo de injerencias”.

Frente a la fuerte influencia de la sociedad para que nos convirtamos en hombres-masa, este derecho nos permite tener un momento (y espacio) de reflexión para que nuestras decisiones sean las convenientes luego de realizar un análisis concienzudo del problema o cuestión a resolver.

Justamente, se ha considerado como una forma muy avanzada para atentar contra este supuesto de hecho, a la propaganda subliminal.

Para contrarrestar este efecto dañino de la publicidad, se requiere una consciente y sólida educación²⁵⁰. Así diferenciaremos lo que intentan moldear nuestras vidas.

B. Autodeterminación informativa

Conjuntamente con la posibilidad de mantener ocultos algunos aspectos de nuestra vida privada, existe la posibilidad de control de la información. Ésta es la autodeterminación informativa -o *disclosural privacy*-. Está referida básicamente al poder de cada persona de controlar el manejo y circulación de la información que trate sobre su persona. Para su protección se ha dispuesto de un proceso constitucional como lo es el *Habeas Data*, dispuesto en el artículo 200.3 de la Constitución, referida a los artículos 2.5²⁵¹ y 2.6²⁵² de la misma.

Otros, como BALDASARRE, también concibiendo la autonomía como intimidad, han señalado que ésta debe entenderse como algo trascendente, con referencia a su poder-ser, es decir una “relación de la libre actuación con su posibilidad constitutiva última de la libertad pública con su proceso de decisión privado” [*Privacy e Costituzioni*, cit por Aurelia María ROMERO COLOMA. Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Op. cit. pp. 55 y 56]. O como diría FERREIRA RUBIO, la posibilidad de “tomar decisiones relacionadas a las áreas fundamentales de nuestras vidas” [El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 43].

²⁵⁰ FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. El derecho a la intimidad. Op. cit. pp. 43 y 44.

²⁵¹ Igualmente, artículos 5.a de la Constitución de Colombia y 35.1 de la de Portugal (“tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones”).

Lo que se intenta a través de medidas o procesos como éstos es la protección del ‘*control of personal information*’²⁵³. Y es que “el problema más acuciante que suscita la protección de la intimidad frente a la informática no es tanto el impedir el proceso electrónico de informaciones, que son necesarias para el funcionamiento de cualquier Estado moderno, sino el asegurar un uso democrático de la *information technology*”²⁵⁴. Pero “el nivel de autodeterminación, es decir, de disposición de uno mismo sobre sus propios datos dependerá de la naturaleza de éstos y de su mayor o menor proximidad al núcleo” del derecho²⁵⁵.

Una buena definición de este supuesto lo da Westin, para quien este supuesto incluye “la facultad de los individuos, grupos, o instituciones para determinar por sí mismos cuándo, cómo y en qué medida la información sobre ellos se puede comunicar a otros”²⁵⁶. Entonces, “[d]e la dignidad y de la libertad entendida como libre autodeterminación, deriva la facultad de la persona de ‘decidir’ básicamente por sí misma, cuando y dentro de qué límites, procede revelar situaciones referentes a la propia vida”²⁵⁷. Sin embargo, “[l]a información se compra y se

²⁵² En una dirección similar, se encuentra el artículo 35.2 de la Constitución de Portugal (“no se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada”).

Para VILLANUEVA, a través de esta norma, el Perú se adscribe a un sistema generalista (“aquel que únicamente introduce el derecho fundamental a la intimidad informática, remitiendo a una ley orgánica su desarrollo y, por tanto, su contenido”), a diferencia del protectivo y modélico, que desarrollan más este supuesto de hecho [Intimidad informática. En: <http://www.planet.com.mx/media/edición29/informat.htm>].

²⁵³ Propuesta de HUCKFIELD (1971), cit. por Miguel Ángel EKMEKDJIAN y Calogero PIZOLLO. Hábeas Data. Op. cit. p. 18; además seguida por Pier Paolo MARZO. El derecho a la intimidad. Op. cit. punto I, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. La libertad informática. Op. cit. pp. 139 y 140; Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ. Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa. A propósito de la STC 254/1993. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, año 14, nº 41 (may. - ago. 1994), p. 207.

Por ello coincidimos con MORALES GODD, puesto que “[s]e reconoce que tener acceso a todos los servicios informáticos es poco más que imposible, y quizás por ello se han limitado a proteger la confidencialidad pero, tomado conocimiento de la existencia de datos equivocados, desactualizados o falsos en algún archivo informático, no se puede negar el derecho a la rectificación o a la supresión de los mismos, de ser el caso” [El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 247].

²⁵⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Op. cit. p. 339.

²⁵⁵ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 107.

²⁵⁶ *Privacy and Freedoms*, cit. por Jaime FERNÁNDEZ DE ZUBIRÍA. Derecho de privacidad, Derecho Internacional y Derechos Humanos. Op. cit. p. 74.

Esta base parece ser utilizada por la Ley Orgánica española 5/1992 cuando define cada uno de los términos que se incluyen en una autodeterminación informativa: “a. datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables; b. fichero automatizado: todo conjunto organizado de carácter personal que sea objeto de un tratamiento automatizado, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso; c. tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias; d. responsable del fichero: persona física, jurídica de naturaleza pública o privada y órgano administrativo que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento; e. afectado: persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c. del presente artículo; y, f. procedimiento de disociación: todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona determinada o determinable” (artículo 3).

²⁵⁷ MOLINA MATEOS, José María. Seguridad, información y poder. Op. cit. p. 31.

vende, viaja de un lugar a otro, incluso al exterior sin que el interesado se entere, peor aún, sin que pueda impedirlo”²⁵⁸.

Se ha propuesto una definición de vida privada que conlleva una importante relación con el control de la información. La teoría del mosaico presenta dos aspectos muy interesantes²⁵⁹:

- lo público y lo privado son conceptos relativos y su configuración depende de quién sea el titular del derecho;
- esta teoría “ha servido para poner de relieve que existen datos a priori irrelevante desde el punto de vista del derecho de la intimidad y que, sin embargo, en conexión con otros quizá también irrelevantes, puede servir para hacer totalmente transparente la personalidad de un ciudadano, al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forma los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado”.

Este tema es realmente importante si tomamos en consideración la ‘idea relacional de la informática’. A partir de este aspecto de la vida privada se reconocerán las relaciones con la informática, tan importantes en la actualidad y con los famosos bancos de datos.

De ese modo, paulatinamente han ido apareciendo normas específicas para atender la protección de los datos personales. Así, en Suecia se promulga la *Data Lag* en 1973, en Alemania se publica la *Datenschutz* en 1977 (ahora se cuenta con la Ley Federal de Protección de Datos, de 1990), seguida en 1978 por la *Informatique, aux fichiers et aux libertés* francesa, y por la *Data Protection Act* inglesa, de 1984²⁶⁰, y mucho más tarde, la Ley Orgánica española 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos.

²⁵⁸ GONZÁLES MANTILLA, Gorki. El Derecho a la Intimidad y la Informática. En: Themis - Segunda Época. Publicación trimestral editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, n° 26 (1993). p. 68.

²⁵⁹ Planteado por la doctrina alemana y que ha sido recogido por los españoles, como MADRID CONESA. Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho, cit por María Luisa BALAGUER CALLEJÓN. El derecho al honor. Op. cit. p. 35.

²⁶⁰ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel y Calogero PIZOLLO. Hábeas data. Ob.c it. pp. 32 y ss.

A nivel constitucional, tenemos que las Constituciones de Portugal (1976) y España (1978) se pronuncian sobre el control de la informática frente a los ciudadanos, así como las de Holanda (1983) y Hungría (1989). En Latinoamérica, la Constitución de Brasil de 1988 dispone del *habeas data* para conocer y modificar informaciones personales que consten en registros o bancos de datos de carácter público. Le siguen los pasos las Constituciones de Venezuela, Colombia, Paraguay y Perú.

2.2. Componentes subjetivos

Como ya sabemos son dos los componentes subjetivos del honor y la vida privada: los titulares y los destinatarios.

2.2.1. Los titulares

Lo primero que podemos decir es que únicamente las personas son titulares de estos derechos, no las cosas (los símbolos patrios no tienen honor ni un monumento, vida privada). Sin embargo, la gran discusión aparece para determinar qué tipo de personas son los titulares del respeto propio.

2.2.1.1. Las personas naturales

La persona natural es el titular original de los derechos de respeto propio y según cierto sector de la doctrina, el único.

Desde una perspectiva formalista y realista, el ser humano sería el único titular de estos derechos²⁶¹. Si bien esta teoría restrictiva ha tenido una cierta acogida, creemos que no solamente son ellos los titulares; ello lo explicaremos luego.

Si bien por la naturaleza de los derechos de respeto propio existe una admisión pacífica de la titularidad por parte de las personas naturales, ello no obsta para realizar ciertas consideraciones que se deben tomar en cuenta -léase, casos especiales-.

a. Menores de edad

Podría existir cierta preocupación inicial acerca de estas personas, pero no creemos que exista dificultad en aceptar que los menores de edad, en ciertos casos con derechos restringidos, sean titulares idóneos de estos derechos.

Aparte de que la doctrina se muestra favorable en el tema²⁶², sobre cada uno de estos derechos se ha pronunciado la Convención sobre los derechos del niño. Así en el artículo 16 encontramos que “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación; 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”. Pero además el honor aparece como límite a los derechos a la expresión e información (artículo 13.2: se aplicarán restricciones a los derechos de comunicación del discurso “a. Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás”).

También, el artículo 74 del Código de los Niños y de los Adolescentes expresa claramente que los niños y adolescentes también son titulares de estos derechos.

b. Familiares de los fallecidos

²⁶¹ Tal como lo precisa CARNELUTTI, cit. por Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. pp. 61 y 62.

²⁶² Así, Manuel DE COSSIO. Derecho al honor. Op. cit. p. 90; Jorge Tulio COSENTINO SOLER. Delitos contra el honor. Op. cit. p. 03.

Siempre ha existido la preocupación del Derecho por proteger ciertos intereses que van más allá de la muerte. Es por eso que algunos tratadistas han buscado, dotándole de personalidad jurídica, reconocer a los fallecidos su derecho a la vida privada y al honor. Pero ello nos parece incorrecto. La solución acertada y propuesta por el Ordenamiento ha sido, por otro lado, dotar a los familiares de la facultad de defenderlos.

Creemos que el Código Civil es muy claro cuando señala que “[l]a muerte pone fin a la persona” (artículo 61). Con ello se ha de reconocer que los fallecidos no pueden ser titulares de los derechos de respeto propio -y de ningún otro-²⁶³, aunque se propicia una protección indirecta²⁶⁴.

Sin embargo, la propia norma sustantiva civil, realiza un análisis indirecto del tema. En el artículo 14 de este cuerpo legislativo referido al consentimiento para renunciar al derecho a la vida privada, expresa que si la persona ha fallecido es necesario que aquél sea dado por “su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”. Es decir, si los familiares pueden consentir la intromisión en la vida privada de la persona, con mucho más razón (usemos el apotegma del *‘ab maioris ad minus’*), podrán demandar en caso de que sin autorización se produzca la afectación del derecho. En similar sentido, se protegen las comunicaciones interpersonales, que como sabemos también son parte de la vida privada, aunque en este caso “corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento” (artículo 16 del Código Civil). Además, como ya vimos, dentro de la intimidad se incluye una protección familiar, aunque básicamente se dirige a una tutela de los parientes aún vivos.

²⁶³ En contra, para la vida privada, Eduardo NOVDA MONREAL. Derecho a la vida privada y libertad de información. Op. cit. p. 61; Delia Matilde FERREIRA RUBIO. El derecho a la intimidad. Op. cit. pp. 152 y ss.; para ambos derechos; Marcial RUBIO CORREA. El ser humano como persona natural. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1992. pp. 91 y 92; José Eduardo PRAELI PÉREZ. El derecho a la intimidad personal y familiar. Tesis (bachiller). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1985. p. 28.

²⁶⁴ En esto coinciden, Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 77; Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 73; Manuel DE COSSIO. Derecho al honor. Op. cit. p. 97; Jorge Tulio COSENTINO SOLER. Delitos contra el honor. Op. cit. p. 03; Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 210; Jorge E. CÓRDOBA y Julio C. SÁNCHEZ TORRES. Derechos personalísimos. Op. cit. p. 49.

Utilizando un argumento ‘*a pari*’ podemos llegar a la conclusión que si existe una potestad de los familiares de los fallecidos para defender ciertos derechos fundamentales (la vida privada, en el artículo 16, e imagen, en el artículo 15), con la misma razón se debe reconocer este derecho en el caso del honor.

En estricto, no se daña al muerto, y según este planteamiento, consideramos que nuestra ley debió ser más explícita respecto a la protección de la memoria de una persona fallecida, tal como se hace en el Ordenamiento Comparado²⁶⁵ cuando se señala expresamente que ésta se protegerá mientras duren los cónyuges o parientes o a lo largo de un plazo determinado -como pueden ser ochenta años-. En este sentido se ha pronunciado igualmente la Jurisprudencia Comparada²⁶⁶. Más claro, respecto a los dos derechos de respeto propio, es el artículo 17, para el cual la violación de estos derechos confiere al agraviado, o en su defecto “a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos”.

Lo que no debemos confundir para brindar esta protección es el supuesto en el que nos encontramos para ‘legitimar la actuación de los familiares’.

Para O’Callaghan Muñoz existen cuatro supuestos distintos en que existe esta legitimación²⁶⁷:

- violación del honor *post mortem*: actúa persona designada testamentariamente o, falta de ella, los familiares según el orden prelativo del Código Civil;
- violación del honor en vida sin ejercicio de su protección por incapacidad material para hacerlo: la solución es la misma a la anterior;
- violación del honor en vida sin ejercitar protección porque el titular no quiso: no hay legitimación activa a los familiares;

²⁶⁵ Como lo hace la Ley Orgánica española 1/1982, artículos 4.1, 4.2 y 4.3

²⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo español del 07 de marzo de 1988 en el que se protegía el honor de una persona fallecida, y al parecer había sido el causante de una tragedia en la que él mismo perdió la vida [rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 203]; en sentido inverso, caso Metter c/ Los Angeles Examiners del Tribunal Supremo norteamericano, rec. por Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 211.

²⁶⁷ Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. pp. 74 y 75.

- violación del honor y protección ejercida en vida por titular y fallecimiento durante el trámite de éste: continúan el proceso los dispuestos del primer supuesto.

s **Concebidos**

Ésta es una categoría de sujeto de derecho distinta a la persona natural²⁶⁸, y creemos que, por su naturaleza misma, podrá ser titular del honor, mas no de la vida privada.

En cuanto al honor no existe dificultad en que el *nasciturus* sea considerado como titular. Nadie debe poder vituperar ni menospreciar a un ser en formación. Sin embargo, en el caso de la vida privada, la cuestión es muy distinta, porque no creemos que este sujeto de derecho pueda tener un ámbito personal y espacial que poder proteger²⁶⁹.

2.2.1.2. **Las personas jurídicas**

Para la doctrina existe una disparidad de criterios para considerar a las personas jurídicas como titulares de derechos. Creemos, en principio, que tanto el honor como la vida privada tienen como titular a este tipo de persona.

Tomando en cuenta una visión personalista de los derechos de respeto propio, la consecuencia sería excluir de la titularidad de estos derechos a toda persona que

²⁶⁸ La persona natural "es sujeto de derecho desde su nacimiento" (artículo I del Código Civil). *Contrario sensu*, el concebido es aquella vida humana desde la concepción hasta el nacimiento, y será "sujeto de derecho en todo cuanto le favorece" (artículo 2.1 de la Constitución), aunque "[l]a atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo" (artículo I del Código Civil).

²⁶⁹ Sin embargo, es muy peculiar la concepción argentina del concebido: es una persona natural con residencia, en el vientre de la madre. Por lo tanto su vida privada se podría justificar en su 'domicilio'.

no es persona natural. Sin embargo, no se presenta una sólida argumentación a favor de ello.

Los que propugnan esta posibilidad²⁷⁰, sin embargo, no dan una razón clara para sustentar su posición: una persona jurídica no puede ser titular “por ser un derecho únicamente del ser humano y que, por otro lado, la transgresión de este derecho es un atentado contra la moral de la persona, lo cual no ocurre con la persona jurídica”²⁷¹.

Como vemos las dos razones dadas no nos llevan a una sólida postura para defender este punto de vista. Así como se señala que el derecho es únicamente del ser humano, podemos decir lo contrario: en nuestro análisis precedente explicábamos que la vida privada y el honor se apoyan en un principio como es la dignidad (que además se ‘convierte’ en un supuesto de hecho del honor); en este mismo sentido, considerábamos al respeto propio como el concepto que guía y engloba a ambos bienes jurídicos, razón por la cual la extensión de los dos derechos no debe reducirse a un contenido personalista no congruente con la Constitución y con el verdadero sentido de la ‘dignidad de la persona’ -no simplemente ‘humana’-.

Con respecto a que la transgresión quebranta sólo la moral, creemos que se están fijando en criterios meramente subjetivos. Supongamos que un fotógrafo se introduce en un establecimiento empresarial y reproduce los baños de la misma, que justamente en ese momento no se encontraban en un estado óptimo de limpieza; ello afectará a esta persona jurídica.

Por el contrario, puede existir una razón concreta para considerar a las personas jurídicas como titulares de los derechos de respeto propio. Mejor dejemos que esto lo explique Salvador Coderch: “una mentira injurianta puede arruinar a una persona y a su familia, pero también a la mitad de las familias de un pueblo

²⁷⁰ Ése es el sentido de nuestro Código Penal referido a las personas jurídicas como sujeto activo no apropiado de un delito. Sin embargo, haremos una precisión conceptual sobre el tema: estas personas ‘sí’ pueden ser considerados en un caso específicamente mostrado por el Código (artículo 240.2) en el que se puede perjudicar la reputación económica de una empresa si una persona “realiza actividades, revela o divulga informaciones” con este fin. Con respecto al honor de la personas jurídicas era más claro el artículo 187 del Código Penal de 1924. Según éste era explícita la posibilidad de difamar a una persona de este tipo.

cuyos habitantes son empleados de una empresa igualmente difamada: decir que los daños causados son siempre mayores en el primer caso que en el segundo es algo que responde a un prejuicio ideológico mas no a una constatación empírica”²⁷². Además, “en la medida en que el uso incorrecto de cierta información concerniente a personas jurídicas puede perjudicarlas tanto como a las personas naturales, parece lógico que las entidades jurídicas puedan disfrutar de un derecho de acceso y corrección de los datos que les conciernen”²⁷³.

Un estudio coherente dentro del ámbito constitucional nos exigirá analizar la titularidad según la ‘naturaleza del derecho’. Como primer paso para revelar ello, se deberá acudir al Derecho Positivo. En él descubrimos que las personas jurídicas pueden ser plausibles de ser consideradas como titulares. Además, en derechos similares, se ha reconocido su titularidad.

Podemos aseverar que en nuestra legislación existen suficientes razones para considerar a las personas jurídicas como titulares de los derechos de respeto propio:

- tal como ya lo habíamos explicado, el artículo 2 no restringe la titularidad de los derechos fundamentales a las personas naturales sino también abre el camino a las otras personas (y es que si bien la Constitución no recoge el artículo 3 de nuestra anterior Norma Fundamental, nunca niega esa aptitud);
- este planteo genérico es recogido expresamente en otros derechos fundamentales como el de libertad de conciencia y religión (artículo 2.3) y el

²⁷¹ MORALES GODD, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 214, refiriéndose a la vida privada.

²⁷² El mercado de las ideas. Op. cit. p. 218; en el mismo sentido, José URQUIZO OLAECHEA. Los delitos contra el honor en el nuevo Código Penal. Op. cit. p. 219; Jorge Tulio COSENTINO SOLER. Delitos contra el honor. Op. cit. p. 03; Jorge E. CÓRDOBA y Julio C. SÁNCHEZ TORRES. Derechos personalísimos. Op. cit. p. 49 (aunque su dilucidación es muy difícil); Marc CARRILLO. Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor. Op. cit. p. 98; Fernando HERRERO-TEJEDOR. Honor, intimidad y propia imagen. Op. cit. p. 69; José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ. Honor, intimidad e imagen. Op. cit. 27; Delia Matilde FERREIRA RUBIO. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 53; Jaime FERNÁNDEZ DE ZUBIRÍA. Derecho de privacidad, derecho internacional y derechos humanos. Op. cit. p. 156.

En contra, María Luisa BALAGUER CALLEJÓN. El derecho al honor. Op. cit. p. 125; Manuel DE COSSIO. Derecho al honor. Op. cit. p. 87; T.S. VIVES ANTON. Delitos contra el honor. Op. cit. p.; Xavier O’ CALLAGHAN MUÑOZ. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. pp. 70, 109; Elvira LÓPEZ DÍAZ. El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Op. cit. pp. 77, 262; Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 165.

²⁷³ MARZO, Pier Paolo. El derecho a la intimidad. Op. cit. punto 4.

de participación en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (artículo 2.17) en los cuales se reconoce la posibilidad de su ejercicio en forma asociada;

- en el artículo 2 de la Ley 26847 (de Rectificación), pese a realizarse una referencia general a la ‘persona afectada’, inmediatamente se agrega que “en su caso, su representante legal” abriendo una grata posibilidad para que las personas jurídicas (también las no inscritas y las corporaciones sin personalidad) sean sujetos óptimos de estos derechos;
- mucho más claro resulta la Ley 23506, (de *Habeas Corpus* y Amparo), referido a la titularidad del Amparo²⁷⁴, según la cual se reconoce expresamente la capacidad de ser sujetos activos a las ‘entidades’, término genérico que no se remite tan sólo a las personas jurídicas, sino también a las empresas y asociaciones no inscritas.

Creemos que la delimitación específica (y final) para los derechos que son materia de este capítulo se deberá producir a través de la Jurisprudencia, aunque tomando en cuenta los criterios doctrinales y legislativos presentados.

En este sentido, nos parece importante, antes de mostrar la nacional, revisar algo de Jurisprudencia Comparada. Ésta recogiendo la separación entre personas naturales y jurídicas, reconoce también la titularidad de las segundas, ya que “a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad bajo las que recaería el derecho al honor”²⁷⁵.

²⁷⁴ “Tienen derecho a ejercer la acción de Amparo el afectado, su representante, o el representante de la entidad afectada [...]”.

²⁷⁵ Tribunal Constitucional español en la Sentencia 139/1995, de 26 de septiembre, rec. por Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. pp. 63 y 64.

Igual de clara. Sentencia del Tribunal Constitucional español 214/1991, Caso Violeta Friedman: “el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfectamente y debidamente individualizados *ad personam*, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente de la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de sustrato personalista” [rec. por Eloy ESPINOZA-SALDAÑA B. Notas

Además, en Europa se ha señalado que “ni el estatuto jurídico de la sociedad anónima, ni el carácter comercial de sus actividades, ni la naturaleza misma de la libertad de expresión podrían privar a Autronic AG, del beneficio del artículo 10. Este artículo 10 vale para ‘toda persona’ física o moral. El Tribunal ha declarado varias veces la aplicabilidad de este artículo a las personas morales que persiguen fines educativos (SS. Sunday Times, Markt Intern Verlag, Groppera Radio AG)”²⁷⁶.

Sin embargo, debemos considerar las condiciones de cada derecho fundamental. Así, en el caso de la vida privada, no existirá una intimidad familiar pero sí respeto al domicilio²⁷⁷, por ejemplo. Además, existe lo que Lucas Murillo de la Cueva ha nombrado como ‘intimidad asociativa’ (o, ‘*privacy in group association*’) refiriéndose a la capacidad de una persona jurídica de rehusar la entrega a la autoridad de las listas de sus miembros²⁷⁸.

Ya centrándonos en la Jurisprudencia Nacional, podemos ver que aparte de la gran predisposición del juzgador de considerar como titular del derecho, sobre todo, al honor, al Estado -básicamente en las épocas de la dictadura-, es cierto que también se ha reconocido a las empresas privadas²⁷⁹ (aunque esto debería ser importante de resaltar, lo lógico es que vía que debieron usar no habría de ser la penal, que tal como veremos le niega la posibilidad de acudir a la judicatura).

Se debe concluir que se habrá de aceptar que las personas jurídicas -y similares- pueden ser consideradas como titulares del derecho al honor y a la vida privada. Sin embargo, no todas adquieren este rol; las estatales no lo tendrán. Exploremos algunos supuestos especiales de aplicación de la titularidad.

acerca de la titularidad del derecho al honor, así como sobre la protección de dicho derecho frente a los posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas. [Op. cit. p. 09].

²⁷⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos, Caso Autronic AG, de 22 mayo de 1990, rec. por Carlos RUIZ MIGUEL. El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 76.

²⁷⁷ Éste es el sentido que le da la Jurisprudencia Comparada, como la Sentencia del Tribunal Constitucional español 137/85, de 17 de octubre, rec. por Fernando HERRERO-TEJEDOR. Honor, intimidad y propia imagen. Op. cit. p. 71, y repetida en Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Op. cit. p. 86.

²⁷⁸ El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 102.

²⁷⁹ Como en los Casos Consultoría Balhualón c/ Baruch Ivcher Bronstein y otros; Hayduk c/ diario Onda; Universidad Privada César Vallejo c/ Juan Cabanillas Pineda, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 89 y ss., o en el Caso Cooperativa de Servicio de los Trabajadores en la Educación del Cuzco, Madre de Dios y Apurímac c/ Jorge Yrvicevic Ponce de León, Sentencia de la Corte Suprema de 1976, Expediente 66/76, Procede del Cuzco, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 157.

a. Entidades personalistas y patrimoniales

Existe la sugerencia de distinguir el caso de personas jurídicas de substrato personalista y las de substrato patrimonial. En las primeras, incluiríamos aquellas cuyo fin es el desarrollo de las personas y de la comunidad, como pueden ser las sociedades civiles. En las segundas, aquellas que buscan lo pecuniari como base de su actuación, como pueden ser las sociedades anónimas. Lógicamente lo que se propone es que haya protección tan sólo a las primeras.

Al ser parte de las entidades personalistas, se ha propuesto brindar una protección superlativa a los partidos políticos²⁸⁰, y esto básicamente basado en su rol dentro de las comunidades y su desarrollo democrático.

Empero, esta diferenciación suele desecharse tomando en cuenta que es muy difícil delimitar claramente las entidades personalistas de las patrimonialistas²⁸¹. Además no consideramos trascendental esta disparidad puesto que ambos casos merecen una tutela específica del Derecho.

b. Entidades no estatales

²⁸⁰ SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Ob.cit. p. 223.

²⁸¹ Inclusive en Jurisprudencia Comparada se ha llegado a proteger el honor de personas jurídicas como sociedades mercantiles: Sentencias 139/1995, 26 de noviembre y 183/1995, de 11 de diciembre, del Tribunal Constitucional español, rec. por Marc CARRILLO. Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor. Op. cit. p. 109 y ss.

Un tema bastante importante es la consolidación de la idea que las entidades estatales no puedan ser sujeto de derecho. Por el contrario sí serán considerados como titulares las no-estatales, incluso las empresas de carácter mixto.

Esto se da debido a que las atribuciones que poseen no surgen a partir de tener un determinado derecho fundamental, sino porque adquieren protección surgida de una ley, en el que se conceden facultades.

Aún cuando consideramos que el Estado no puede ser tenido como titular de derechos fundamentales, es recomendable señalar, previendo lo que trataremos en el Capítulo Sexto, que gracias a diversas normas que se dieron en el país en los años setenta -léase, Estatutos de Prensa-, éste pudo ser distinguido como titular, sobre todo del honor. Por ende, cuando presentemos casos en los que aparezca el Estado deberá tomarse solamente para los fines prácticos como titular, mas no por su verdadera naturaleza.

s **Colectivos**

Pese a que, en estricto, no es una persona jurídica, vamos a tratar a continuación el caso de los colectivos, tema que no ha sido tratado en nuestro Ordenamiento. El término 'colectivo' está referido a una clase de personas, no a grupos indeterminados, que merecen protección constitucional.

Por su naturaleza, creemos que sólo podría existir titularidad respecto al honor, mas no respecto a la vida privada. El honor siempre protege a alguien en concreto. Y de ello no se escapa este punto referido a grupos determinados: el miembro de esa clase deberá probar que él mismo (y personalmente) en caso de

afectación al honor de dicho grupo, es el dañado o lo han sido todos los miembros de dicho grupo; sucede algo similar a lo tratado en los intereses difusos. Pero no sólo ello, también es titular el grupo en su conjunto puesto que todo él ha sido el afectado y no solamente sus componentes. Se le tratará entonces como una persona jurídica, aunque -por su condición- no tendrá representantes.

Concordamos con la solución dada por la Jurisprudencia: “[p]arece justo que si se le ataca a título colectivo, pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano”²⁸². Así, si bien Fernández Sessarego se refiere a la identidad personal, acepta la posibilidad de que los grupos o colectivos (incluyendo incluso etnias o naciones) pueden ser titulares de derechos de este tipo²⁸³.

Pero, para determinar cuándo es titular un grupo -o sus componentes-, Prosser²⁸⁴ nos ha presentado tres variables: el tamaño de la clase; la generalidad de la imputación; y, su extravagancia. Con respecto a la primera de estas variables, se considera que el número no debe ser mayor de veinticinco miembros, puesto que si la cantidad es demasiado grande, no se podrá comprobar la afectación directa por parte de uno de los sujetos. De ello no estamos tan convencidos puesto que muchas veces se ataca a minorías étnicas, religiosas o políticas y según este criterio estarían desprotegidas. A nuestro entender, la solución habría de darse no a partir de la cantidad de sujetos pertenecientes al grupo, sino de la posibilidad de verse afectados ante un ataque a dicha clase de personas.

²⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional español 176/1995, refiriéndose a la posibilidad de que el pueblo judío pueda ser sujeto pasivo en un delito contra el honor, rec. por Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. pp. 64 y 65; Fernando HERRERO-TEJEDOR. Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Op. cit. p. 29; en la misma línea, Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, del Tribunal Constitucional español, caso Violeta Friedman, rec. por Marc CARRILLO. Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor. Op. cit. pp. 107 y ss. Sin embargo, para DE COSSIO, “no se trata de atribuir derecho al honor a los grupos sino habilitar una vía apta para la defensa del honor de los individuos ante la lesión colectiva al honor de varias personas” [Derecho al honor. Op. cit. p. 87].

²⁸³ Derecho a la identidad personal. Op. cit. pp. 225 y ss.

Para SOLDZÁBAL ECHAVARRÍA, “[l]a titularidad de los derechos fundamentales, en la medida que lo permitan los términos de su reconocimiento, y la naturaleza de su objeto, contenido o relaciones vitales a que se refieran, corresponde asimismo a las personas jurídicas y, en su caso, a grupos o colectivos que no lo sean” [Algunas cuestiones acerca de la Teoría de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 95].

²⁸⁴ *Torts*, cit. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 206.

Lo que queda descifrar es quién está autorizado a asumir la protección del colectivo. Consideramos que debe ser un miembro del mismo que acredite la afectación de su derecho fundamental, en este caso, del honor. La atribución de responsabilidad tendrá eficacia total.

En conclusión, consideramos que, tal como lo hacíamos respecto al público en el caso de la comunicación del discurso, se puede utilizar aquí la figura de los intereses difusos para observar la situación de las personas dentro de un colectivo.

Se han de presentar diversas vías para que un miembro de un grupo proteja el interés difuso respecto a su honor²⁸⁵:

- i. Otorgamiento de legitimación a las asociaciones o instituciones privadas (artículo 82 del Código Procesal Civil): están mejor capacitadas técnica y económicamente, aunque no conocemos organismo alguno que se encargue de la protección de este derecho, pero sí de diversos grupos minoritarios de la sociedad -léase, mujeres, judíos o negros-;
- ii. Otorgamiento de legitimación de determinadas instituciones públicas (artículo 82 del Código Procesal Civil): entre las que podemos encontrar a las encargadas de proteger a las personas, entre las que encontramos al Ministerio Público o a la Defensoría del Pueblo (sobre todo, en lo referente a asuntos constitucionales);
- iii. Amparo (artículo 200.2 de la Constitución y 26 de la Ley 23506): pues sólo se requiere para presentarla la afectación de un derecho constitucionalmente protegido, y dentro de estos podemos encontrar al honor;
- iv. *Class action*: figura nacida en Estados Unidos que posibilita que una persona por delegación de todo el grupo pueda iniciar un proceso en defensa de los

²⁸⁵ Retomamos este tema trabajado en el Capítulo anterior, recordando a Giovanni Francesco PRIORI POSADA. La tutela de los intereses difusos. Op. cit. puntos 37 y ss.

derechos de todos, convirtiéndose más que una legitimación procesal en un caso de representación.

2.2.2 Los destinatarios

Pueden ser destinatarios del respeto propio, cada uno según algún tipo de eficacia de los derechos fundamentales: el Estado, si es vertical; o, los particulares, si es horizontal.

2.2.2.1 El Estado

Es el destinatario clásico de los derechos de respeto propio, sobre todo de la vida privada puesto que siempre ha sido el principal violador de la misma; si no tan solo recordemos casos en que agentes estatales vulneran el domicilio de las personas; además es de conocimiento general, la interceptación telefónica por parte de los Servicios de Inteligencia nacionales -tanto SIN como SIE- a los opositores al régimen. Esto, según se dice, estaría afectando la vida privada de, entre otros, políticos, periodistas -revisar este tema en el Capítulo Tercero-, miembros de las ONGs relacionadas con los derechos humanos, embajadores de gobiernos relativamente importantes y todo aquel considerado como incómodo para el régimen.

En la actualidad -y como tantas veces lo hemos enunciado-, el Estado ha dejado de tener una función abstencionista respecto a los derechos de respeto propio. Dentro de una visión institucional, lo que se debe hacer es fomentar, optimizar cada derecho fundamental. La sociedad actual, harto individualista, a veces toma como natural la afectación de los derechos del otro, pero para eso está el Estado

para promover y proteger, en la medida que la propia Constitución lo señale, el honor y la vida privada de toda persona.

En el capítulo anterior, cuando trabajábamos este tema, hacíamos referencia a la ‘efectividad’ que se le exige a los gobiernos respecto a los derechos fundamentales. En este caso se aplica el mismo requerimiento. No sólo debe preocuparse por no realizar actividades como las mostradas líneas arriba, sino también por encontrar el modo de que la vigencia de estos derechos sea real y no únicamente teórica.

Además existen pocos casos trabajados en que el Estado afectaba el respeto propio de las personas, pero no por ello dejan de existir²⁸⁶.

2.2.2.2. Particulares

Pese a lo que expresáramos del Estado, en la actualidad la mayoría de los – potenciales- violadores de los derechos de respeto propio son los propios particulares, a través de los medios de comunicación social.

Estos derechos fundamentales básicamente dirigen sus fuerzas a controlar lo que el resto de la colectividad realiza en contra suyo. Con el respeto propio, por ende, se “debe proteger a los individuos de las intrusiones que provengan no solamente de los particulares o de los medios de comunicación, sino de los mismos órganos gubernamentales”²⁸⁷.

No es ilógico pensar que la relación más común y clásica es la existente entre los derechos de respeto propio y de comunicación del discurso. El uso indebido de estos últimos ha permitido que, muchas veces, se hayan afectado aquéllos.

²⁸⁶ Relacionadas con la vida privada, sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Casos Sindicato sueco de maquinistas de ferrocarril (20, 37, 1976) y Schmidt y Dahlstrom (A 21, 33, 1976), rec. por Carlos RUIZ MIGUEL. El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 81.

²⁸⁷ PRAELI PÉREZ, José Eduardo. El derecho a la intimidad personal y familiar. Op. cit. p. 03.
Y es que con respecto a estos derechos, el “*drittwirkung* es casi seguro; cabe amparo en las mismas condiciones [...] frente a la resolución del juez ordinario que no tutele el derecho dañado por un particular” [CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto. Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. En: Anuario de Derecho Civil. Madrid, t. XLVII, fascículo III (jul. – sep. MCMXCIV). p. 40].

Así, se ha señalado en cierta Jurisprudencia Comparada que vale el respeto de la vida privada “en las relaciones entre individuos”²⁸⁸ en una clara alusión a los *drittwirkung* de este derecho, y aplicable también al honor.

De este modo, estamos llamados a considerar como los principales destinatarios del honor y la vida privada a aquellos que considerábamos titulares de la expresión y la información. Sin embargo evitaremos ahora desarrollar el tema puesto que ya hablamos suficiente de ello en el capítulo anterior.

3. El acto de concretización

Si bien el esfuerzo por encontrar cada uno de los contenidos de estos derechos dista mucho entre sí (tímido e insuficiente respecto al esencial; abundante y consolidado respecto al accidental), creemos sumamente importante tratar de encontrar la base real de cada uno de éstos, puesto que de ello -sobre todo del primero- depende la solución final que tendremos respecto a su situación relacional con los derechos de comunicación del discurso.

3.1. El contenido esencial

La doctrina casi no ha trabajado el contenido esencial de los derechos de respeto propio²⁸⁹. Mientras que para algunos, la vida privada tiene su núcleo en la intimidad, para otros, el honor lo tiene en la dignidad. Sin embargo, en ambos

²⁸⁸ Caso X e Y del Tribunal Europeo (A 91, 23, 1985), rec. por Carlos RUIZ MIGUEL. El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 82.

²⁸⁹ Uno de los pocos que lo hace, Fernando HERRERO-TEJEDOR. Honor, intimidad y propia imagen. Op. cit. pp. 62 y ss.

casos se está relativizando el derecho, más que proponer un límite interno, sólo toma un supuesto del hecho del mismo.

A nuestro entender, los derechos fundamentales deben reclamar para sí un contenido esencial del cual fluya una protección adecuada. Éste debe ser el núcleo central del derecho. Y creemos que la simetría y la corporeidad cumplen con este requisito.

A continuación explicaremos someramente lo que consideramos como el núcleo duro de estos derechos ya que, como apuntáramos, no hemos encontrado el adecuado soporte doctrinal sobre el tema.

3.1.1. La simetría del honor

Lo que se busca con un concepto como éste es que la persona tenga incólume su *relational interest*, su posibilidad de relacionarse dentro de una comunidad. Pero, frente a esta semejanza que nos indica el honor, debemos descubrir ante quién debemos aparecer en estado de semejanza y encontrar así la correspondencia la debida entre la dignidad de todo ser humano y nuestra aparición ante los demás. A ello hace referencia la simetría del honor.

Para muchos el honor debe tener como base solamente a la dignidad personal²⁹⁰ o a la igualdad²⁹¹. Sin embargo, consideramos que propuestas como éstas le privarían al honor de un contenido propio.

²⁹⁰ Entre otros, Iván Fabio MEINI MÉNDEZ. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. punto 32.

²⁹¹ Para RODRÍGUEZ MOURULLO, se debe reconocer el derecho al honor de 'todos' basándose en la igualdad de las personas [Libertad de expresión y derecho al honor. Op. cit. p. 894].

Por eso proponemos la simetría, basado en un interés relacional. Éste se encuentra referido a la posibilidad de toda persona de ‘no ser rebajado o aislado en la sociedad’, aunque en ambos subyace la imposibilidad de una ofensa o de un ultraje²⁹².

Una cuestión más: el honor debe ser simétrico, ¿ante toda la comunidad o ante un determinado grupo de personas? Bueno, el test adecuado es el de la minoría sustancial, tal como lo propone Prosser²⁹³. Ésta se aprecia objetivamente y consiste en mantener la semejanza frente a un grupo de personas frente a la cual no es necesario que se relacione directamente (así, respecto a los miembros de una organización, como quizás pueda ser el Club de Leones, aún cuando no se conozca a todos los socios). La minoría debe ser una que sea ‘consistente’.

Lo que debe descartarse es la posibilidad de que el honor sea corpóreo, como sí lo es la vida privada, puesto que el primero no puede tocarse ni verse, sino simplemente sentirse, aunque lógicamente analizando los parámetros objetivos ya estudiados. Es solamente simétrico.

No por ello puede negarse que el honor sea una realidad empírica, aunque aparecerá como una “posibilidad de su constatación como realidad social”²⁹⁴.

3.1.2. La corporeidad de la vida privada

Lo que tratamos de dar a entender en este caso es que la vida privada requiere como cuestión mínima que todo dato y espacio protegido por ésta deba existir en la realidad, no pueda ser una ilusión, y menos aún una invención maliciosa.

²⁹² Así lo expresa el Código Penal en su artículo 130 (en el 132 se menciona la prohibición de ‘perjudicar’ el honor).

²⁹³ *Torts*, cit. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 226.

²⁹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Temas de Derecho Penal. Op. cit. p. 257.

Este contenido esencial ha sido reconocido por la Jurisprudencia Comparada. En un proceso sobre cintas magnetofónicas, se ha afirmado que “[n]i siquiera intereses dominantes en la comunidad pueden justificar una intervención en el núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada; no cabe una ponderación de acuerdo al criterio del principio de proporcionalidad”²⁹⁵.

Hemos hecho ya mención que la vida privada está relacionada con un conjunto de situaciones que fácticamente son comprobables. Por ello, se afirma que este derecho sólo puede afectarse por la información mas no por la expresión, puesto que esta última señala la capacidad de crearse una idea sobre algo, no como una forma de reflejar la sociedad.

3.2. El contenido accidental

El verdadero contenido de estos derechos estará dado por los siguientes derechos y bienes jurídicos, estando casi todos ellos basados en un interés general, puesto que como ya hemos visto los derechos al honor y la vida protegen ámbitos meramente privados.

En el caso de la vida privada, Gómez Benítez, retomando las conclusiones de la Comisión Calcutt, expresa que “las revelaciones sobre la vida privada o una conducta gravemente antisocial, pueden ser servir para proteger la salud o la seguridad públicas, o si el comportamiento de dicha persona le impide realizar de un modo satisfactorio sus deberes públicos, o si resulta tan hipócrita que es probable que se esté engañando gravemente a la gente”²⁹⁶.

Tal como hemos venido sosteniendo los derechos al ámbito propio se sustentan en un provecho en el ámbito privado. Lo difícil es determinar qué entendemos por

²⁹⁵ Tribunal Constitucional Federal alemán, Sentencia BVerfGE 34, 238 (245), rec. por Robert ALEXY. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 288

ello. La mayoría de definiciones se han de basar en la contraposición que existe con respecto al interés público. Tratemos de entenderlo como aquel interés que trata de proteger ámbitos o actos que sólo interesan a la persona, más que a la sociedad. Por su naturaleza misma, la vida privada refleja este interés.

Sin embargo, para Santo Tomás, el bien particular no puede subsistir sin el bien común, y como todo hombre es parte de la sociedad, “todo lo que es y tiene pertenece a la comunidad porque la parte, en todo lo que es, pertenece al todo. Por donde, la naturaleza sacrifica a la parte para conservar al todo”²⁹⁷.

3.2.1. Los clásicos límites

Como en el caso de los derechos de comunicación del discurso, en este punto sólo revisaremos cuáles son estos límites y no ingresaremos a tratar la forma cómo se deberían determinar los contenidos de los derechos (y bienes) en relación.

a. Tutela del Estado

Existen varios supuestos en el respeto propio que pueden poner en riesgo la efectividad del Estado. Por ello existe este límite. Por ende, puede darse una suspensión total del ejercicio de este derecho si es que estamos ante un régimen de excepción (según el artículo 137 de la Constitución).

En forma genérica, lo que se intenta proteger es el Orden Constitucional de un país, tal como lo han reconocido las Constituciones de Alemania (artículo 2.1, *verfassungsmassige*) y de Chipre (artículo 15.2). Pero también existen ámbitos específicos²⁹⁸:

²⁹⁶ La protección penal del derecho a la intimidad. Op. cit. p. 349.

²⁹⁷ Suma Teológica, cit. por José Eduardo ABUSÁBAL VELARDE. El derecho a la información y el derecho a la intimidad personal. Op. cit. p. 73.

²⁹⁸ Aparte de los que mostraremos, en algunas Constituciones se ha llegado a presentar el caso de una necesidad económica del país (Namibia, artículo 13.1).

(a) Seguridad nacional

Éste se refiere a un concepto etéreo, indefinido jurídicamente, pero que ha sido considerado como un límite tradicional²⁹⁹. Ha sido usado como escudo para la vulneración de la vida privada de las personas. Para evitar esta dificultad, se propone que para su uso correcto debe intervenir el Ministerio Público³⁰⁰, aunque nosotros opinamos que también debería concretarse la oficiosidad de la Defensoría del Pueblo como forma de supervisión.

(b) Caso de guerra

En caso de que ocurra una guerra externa o -luego de nuestra experiencia nefasta del terrorismo- una interna, se deben dejar de lado intereses personales para que, por ejemplo, el Ejército ingrese al domicilio de una persona para refugiarse de un ataque arma de los contrarios.

(c) Prevención de desórdenes o crímenes

Con el mismo razonamiento del caso anterior, creemos que la Policía puede tomar las medidas provisionales adecuadas para evitar el caos social o la desestabilización de la comunidad.

Los desórdenes o crímenes no solamente pueden ser prevenidos³⁰¹, aunque ésta es la base de la protección, sino también controlados posteriormente³⁰².

²⁹⁹ Así sucede en el Convenio Europeo de Protección de los derechos Humanos y las libertades fundamentales en su artículo 8.2 y en las Constituciones de Finlandia, artículo 8.3 (seguridad de sociedad o del individuo o que perturba la paz doméstica), Etiopía, artículo 26.3 (seguridad nacional y paz pública), Namibia, artículo 13.1, Bahamas, artículo 21, Chipre, artículo 15.2. En el mismo sentido, pero bajo la denominación de orden público, las de Paraguay, artículo 33, República Eslovaca, artículo 21.3, Estonia, artículo 26 y Bahamas, artículo 21.

³⁰⁰ MORALES GODD, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 119.

³⁰¹ Constituciones de Bulgaria, artículo 34.2, Estonia, artículo 26 y Etiopía, artículo 26.3.

³⁰² Constituciones de Finlandia, artículo 8.3 (descubrimiento de crimen), Estonia, artículo 26 (aprehensión del delincuente), Bulgaria, artículo 33.2 (referido al control de un crimen en marcha, captura del delincuente o necesidad extrema).

(d) Administración de la justicia

Se pueden dar normas que restrinjan la actividad de la vida privada de una persona que se encuentra sometida a un proceso. Pero al mismo tiempo existen pautas para que no extralimite ella y se proteja eficientemente los derechos fundamentales.

Con respecto a esto último, en la Jurisprudencia Comparada se ha señalado que una carta obtenida en un expediente en un caso de divorcio, no puede ser publicada puesto que esto afectaría el derecho a la vida privada de las personas involucradas³⁰³.

b. Problemas nacionales

Relacionado sobre todo con la vida privada, aparece ahora el siguiente límite externo: los problemas nacionales.

Según este término, en caso de que exista un requerimiento del Estado se impedirá seguir manteniendo cierta parte del contenido accidental de estos derechos. En caso de una mayor gravedad de la dificultad (ante lo cual nos encontraríamos en un régimen de excepción), éste ya no aparecería como un límite sino más bien como un supuesto de suspensión del ejercicio de este derecho fundamental.

Los problemas nacionales pueden estar referidos en términos negativos, como en el caso de la protección de la población (Constitución eslovaca, artículo 21.3) o en positivos, como en el caso de permitir el desarrollo social de la misma (Constitución de Bahamas, artículo 21, en supuestos específicos: planificación rural, crecimiento de recursos minerales y trabajo de las autoridades).

³⁰³ Precedente King c/ King de la Corte Suprema de Wyoming, rec. por Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. pp. 121 y 122.

Sin embargo, mayormente se ha tratado de presentar los distintos supuestos en los que puede existir una dificultad nacional:

(a) Caso de desastre nacional

Bastante lógico parece también que en caso exista un terremoto, tsunami o explosión de un volcán, y una brigada de Defensa Civil ingrese a un local para comprobar que no existan heridos o si los hubieran, los puedan socorrer, uno intente alegar para que no se haga esto, una protección a la vida privada de las personas. Sería inconcebible.

(b) Protección de la salud

Sobre todo destinada a evitar la propagación de epidemias y enfermedades infecciosas, como lo que suele ocurrir en muchas partes de nuestro país. Si bien no aparece recogido expresamente en las normas nacionales, sí se encuentra en la Legislación Comparada³⁰⁴.

Existe Jurisprudencia Nacional al respecto. En una Ejecutoria Suprema, la máxima instancia judicial expresó que el acusado debía ser absuelto de los delitos de calumnia y difamación, considerando que el encausado, al ser Inspector Sanitario, y tras recibir una comunicación al respecto, puso en conocimiento de la Policía que la denunciante ejercía clandestinamente la prostitución y estaba contagiando la sífilis, razón por lo cual fue detenida y examinada por los médicos, se estaba actuando en defensa de la salud pública³⁰⁵.

c. Protección de la moral

³⁰⁴ Artículo 8.2 del Convenio Europeo; además, en algunas Constituciones nacionales: República Eslovaca, artículo 21.3, Estonia, artículo 26, Etiopía, artículo 26.3, Namibia, artículo 13.1, Bahamas, artículo 21 y Chipre, artículo 15.2.

³⁰⁵ Caso Nolberta Jáuregui c/ Rodolfo Contreras, Expediente 3-950, Procede de Huánuco, rec. por Revista de Jurisprudencia Peruana. Lima, año VIII, nº 79 (1950), p. 965.

Está buscando salvaguardar la integridad personal de los ciudadanos. A través de un derecho fundamental no es permisible que la moral de un país se vea resquebrajado.

Arguyéndose derechos como la vida privada o el honor, cualquiera podría afectar este bien constitucionalmente protegido, pero ello no es permitido. Por eso alguna parte del Constitucionalismo Comparado³⁰⁶ recoge este límite.

En un caso de la Jurisprudencia Comparada, se ha llegado, frente a lo que consideramos como moral, a proponer el derecho a tener en nuestra propia casa, material obsceno, fundándose en un “derecho fundamental a ser libre, salvo en bien limitadas circunstancias, frente a indeseadas intrusiones del gobierno en la *privacy* de uno”³⁰⁷. Sin embargo, esta protección que se da en la propia casa no puede ser extendida a otros lugares, como el cine y las películas pornográficas³⁰⁸.

d. Derechos a la expresión e información

Existen diversos supuestos en que estos derechos deben definidos y delimitados respecto con el honor y vida privada. Pero ello lo dejamos mejor para la siguiente parte de este trabajo, que está dedicada íntegramente a ella.

Sin embargo, haremos una acotación inicial³⁰⁹. Al interesarnos en el honor la semejanza de la persona frente a los demás integrantes de la sociedad, su vulneración podrá darse a través de la imputación de hechos falsos, pero también

³⁰⁶ Constituciones de Estonia, artículo 26, Etiopía, artículo 26.3, Namibia, artículo 13.1, Alemania, artículo 2.1 (ley moral, *sittengesetz*), Bahamas, artículo 21, Chipre, artículo 15.2.

³⁰⁷ Sentencia de la Corte Suprema estadounidense, Caso Stanley c/ Georgia, del 1969.

³⁰⁸ Precedente norteamericano Paris Adult Theatre c/ Slaton, rec. por Juan ESPINOZA ESPINOZA. La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la informática (I). Op. cit. p. 60.

³⁰⁹ No existe referencia específica de la expresión y la vida privada como límites del honor y vida privada en el Constitucionalismo Contemporáneo, pero suele tratarse el tema dentro de supuestos como el de la rectificación o cuando se pone como límites a “los derechos de los otros” (Constituciones de Finlandia, artículo 8.3, Paraguay, artículo 33, República Eslovaca, artículo 21.3, Estonia, artículo 26, Etiopía, artículo 26.3, Etiopía, artículo 26.3, Bahamas, artículo 21 y Chipre, artículo 15.2).

a través de un relato verdadero. Por eso, tanto expresión como información aparecen como límites del honor.

En el caso de la vida privada, expresábamos que solamente puede afectarse a través de hechos reales. Así, tan sólo la información podrá ser límite suyo, y no la expresión, como ya hemos explicado.

3.2.2. Los derechos y bienes diferenciables

Son distintos los bienes constitucionalmente protegidos que se encuentran en relación con el respeto propio, pero de hecho los que poseen mayor conexión y coincidencia de extensiones son los primeros que veremos, puesto que aparecen en el mismo artículo constitucional.

a. Derechos a la imagen y a la voz

Estos derechos se encuentran relacionados con la iconografía y la posibilidad de ser usada en la publicidad³¹⁰, y están muy cercanos a los derechos de respeto propio tanto así que aparecen en el mismo artículo constitucional (tanto así que presentados como parte de la vida privada dentro del esquema de Prosser).

El derecho a la voz, innovación frente a la Constitución de 1979, nos conduce a la protección de la utilización, por parte de una persona de su voz, ya sea por ella

³¹⁰ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. El derecho fundamental al honor. Op. cit. p. 32.

O como señala ESPÁ GARCÉS-ALVEAR, es la "facultad que una persona tiene respecto a su propia representación externa [La libertad de expresión en la Constitución de 1979 y en el 'Nuevo Orden Mundial de la Información y Comunicación'. Op. cit. t. I, p. 75].

misma o por quien ella autorice, al ser ésta parte de uno mismo y de la identificación personal. Esta es una protección no sólo sobre la utilización de expresiones grabadas sino también contra quien quiera imitarla haciéndola pasar como propia.

Por otro lado, con la propia imagen exponemos una representación corporal de una persona que sólo puede ser utilizada por ella y por los que ella autoriza. En ella se tutela “la disposición de la persona de su propia figura corporal y fisonomía”³¹¹. Se protege contra el cine, la televisión o el vídeo pero también contra la imitación y la caricatura³¹².

Existe mucha dificultad para separar imagen y vida privada. Si bien en muchas oportunidades pueden aparecer juntas, la realidad nos dice que son derechos autónomos. Se puede decir lo mismo de la voz.

El trabajo jurisprudencial sobre este tema nos lleva a una clara conclusión de demarcación. Así se ha concluido que las fotos tomadas a Carolina de Mónaco semidesnuda no forman parte de su vida privada sino de su imagen: “El tribunal determinó que la publicación de las fotografías no constituía una invasión en la intimidad, dado que fueron tomadas mientras la princesa se encontraba ´en una embarcación próxima a la costa, por lo que podía ser vista por otras personas´. Sin embargo, el fallo añade que todos los seres humanos tienen un derecho exclusivo sobre la utilización de su imagen y del derecho a oponerse a su publicación no autorizada”³¹³. Pese a esta Jurisprudencia, existe otra en la cual se llegan a resultados distintos. En un caso en el que una joven fuera fotografiada mientras se encontraba en un parque y una corriente de aire levantó su vestido, los tribunales han afirmado que “aún en lugares públicos, hay ciertas cosas que aunque estén a la vista siguen siendo privados”³¹⁴. Acá se ha amparado la vida privada frente a la

³¹¹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. p. 59.

³¹² BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Op. cit. p. 105.

³¹³ Artículo al respecto aparecido en el diario El País, Madrid, 12 de enero de 1980, p. 40, cit. por Porfirio BARROSO ASENJO. Límites Constitucionales al Derecho de la Información. Op. cit. p. 86.

³¹⁴ Caso de los Estados Unidos de Norteamérica Daily Times Democrat c/ Graham, cit por Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 130.

imagen, tomando en cuenta que en el *right to privacy* estadounidense, se protege varios espacios distintos, entre los que se incluye la imagen, pero también los clásicos ámbitos de la vida privada de nuestra raíz romana.

Entonces en algunos casos se ha protegido la vida privada y en otros la imagen. Pero también se han protegido los dos al mismo tiempo. En esta línea está otro caso de la Jurisprudencia Comparada en el que se publicó dentro de una revista la foto de un conocido político cuando agonizaba en el hospital³¹⁵. Si bien en nuestro país, la diferencia entre imagen y voz con respecto a la vida privada, no ha sido dibujada jurisprudencialmente, podemos encontrar un caso en el que se tratan ambos derechos. La demandante, Amparo Valcárcel Barreto, solicitó indemnización por aparecer su imagen en una propaganda comercial, sin haberlo consentido. El juzgador señaló “[q]ue, por su naturaleza los atributos de la personalidad son inalienables, figurando entre ellos, el derecho sobre la propia imagen, en virtud del cual se tutela la intimidad y el decoro”, rescatando el doble valor que tiene este derecho, uno moral, referido a la vida privada, y otro patrimonial, virtud por el cual puede “procurarse un provecho económico a expensas de la imagen de una persona sin su consentimiento y cuando así hubiere ocurrido, la obligación de asumir el resarcimiento del daño irrogado es su consecuencia”³¹⁶.

b. Derecho a la creencia

Debemos deslindar los ámbitos de protección de estos derechos respecto a la vida privada. Creemos que se debe realizar una conveniente diferenciación de estos derechos. Así, cuando se señala la afectación de una persona puesto que se ha conocido públicamente los ‘datos sensibles’ de ésta, ¿estamos ante el derecho a la vida privada o a la creencia?

En este mismo esquema del Derecho anglosajón, se considera el caso del maniquí hecho exclusivamente para una tienda pero que es comercializado. Caso Young c/ Generker Studios Inc.

³¹⁵ Caso Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida SA. Corte Suprema de Justicia de Argentina, cit por Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARD. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 96.

³¹⁶ Ejecutoria Suprema de 05 de mayo de 1978, rec. por Juan MORALES GODO. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 132.

En este sentido creemos acertado el comentario respecto a un caso de la Jurisprudencia Nacional en el cual se señala que estos datos pertenecen a la vida privada de las personas. El caso al que hacemos mención es la Ejecutoria Suprema del Expediente 9-950, procedente de Piura, en el que se absuelve al acusado por delito de calumnia puesto que no se configuraba el delito, pero no por ello se debe manifestar su irresponsabilidad. Éste había informado a sus superiores sobre la filiación política de la denunciante³¹⁷.

c. Presunción de inocencia

Tema relacionado con el honor. No es muy común que se haga esta correspondencia, pero sí existe una cierta relación: el honor puede confundirse con esta presunción en un sentido material, no formal.

Pero mejor dejemos que Balaguer nos explique este punto: “cuando se produce una noticia falsa o una verdad informativa a medias, el bien jurídico lesionado no puede ser la presunción de inocencia constitucional, que permanece intacta y, caso de violarse, se solventa al margen del control social de la información; lo que se viola es una presunción de inocencia material o social, que en el fondo es una violación del derecho al honor de la persona”³¹⁸.

Por ello, concluye Vives Antón que “honor y presunción de inocencia remiten al mismo contenido, limitándose la última a determinar el alcance de la protección del honor en un ámbito específico”³¹⁹.

d. Derecho a la vida

³¹⁷ Caso Emma Carrillo c/ Jorge Sika, rec. por Revista de Jurisprudencia Peruana. Lima, año VIII, nº 82 (1950), p. 1408.

³¹⁸ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. El derecho fundamental al honor. Op. cit. p. 169.

³¹⁹ Delitos contra el honor. Op. cit. p. 681.

Existen casos en los que nos encontramos en la absoluta 'autonomía' de cada individuo³²⁰, tanto así que una persona podría, bajo el supuesto de su derecho a la vida privada, abortar o realizar la eutanasia. Discrepamos con ello, puesto que existen otros derechos fundamentales que conservar, como es el de la vida.

Existe un caso paradigmático respecto al aborto, el cual ha dado lugar a innumerable trabajo jurisprudencial, el cual sin embargo no está acorde con un pensamiento realista de la personalidad del concebido como sujeto de derecho.

Dentro del precedente estadounidense *Roe c/ Wade* se ha señalado que la mujer dentro de su vida privada puede tomar la decisión de proseguir o no con su embarazo. En este caso, se fundó en el derecho absoluto de una persona dentro de su autonomía dentro de los tres primeros meses de embarazo, salvo que exista un peligro real de muerte³²¹.

Reiteramos una solución de este tipo desconoce un hecho -mejor dicho, un ser-, que parece pasar desapercibido por el juzgador: el concebido. La vida de éste, en un Sistema como el nuestro está plenamente protegido, tal como ya lo señalamos, y así no lo estuviese expresamente, es lógico pensar que la determinación sobre su muerte no puede tomarla su madre, ocasional compañera de vida, y como no tenemos forma de preguntarle qué opina el feto, mal se haría al permitir unilateralmente a ella asesinarlo, más aún cuando la decisión no le corresponde a ninguno de los dos.

³²⁰ BUSNELLI. La tutela civil de la persona humana, cit. por Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 128.

³²¹ Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense, de 1973, rec. por Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 91; Juan ESPINOZA ESPINOZA. La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la informática I. Op. cit. p. 60].

CAPÍTULO QUINTO

Situaciones relacionales: Procedimiento y consecuencias funcionales

Antes de ingresar de lleno a la determinación final entre los derechos de comunicación del discurso (información y expresión) y de respeto propio (honor y vida privada), requerimos de un análisis preliminar, que nos sirva de base para entenderla.

Con un fin meramente ilustrativo, iniciaremos este capítulo mostrando las principales formas de tratamiento de la relación entre estos derechos, lo cual nos permitirá examinar específicas formas de razonamiento de los juzgadores a la hora de encontrarse frente a casos concretos en su quehacer diario, sobre todo en nuestro país. Ubicándonos en este panorama, reconoceremos la situación relacional misma. Éste debe ser el primer paso de la determinación de

contenidos. Conjuntamente con esta presentación, revisaremos las herramientas que se deben utilizar para realizar el acto final de concretización. Terminaremos el capítulo mostrando cuáles son las consecuencias funcionales de la determinación realizada.

1. 'Los' derechos fundamentales

Explicábamos que el tema que nos interesa tratar ha sido visto clásicamente desde distintos puntos de vista. Éstos han de separarse en tres: la solución se presenta como un conflicto, como una colisión, y, actualmente, como una determinación de contenidos.

Antes de desarrollar estos conceptos, analicemos someramente el marco en que debe instalarse una solución de una situación relacional entre los derechos de comunicación del discurso y respeto propio.

1.1. Descripción del espacio en relación

Una solución real de especificación de los límites externos de los derechos fundamentales surge de los postulados clásicos institucionalistas, tal como lo que nos ofrece la 'coordinación en función unificante' o el 'acto de optimación', que hemos recogido para este trabajo.

El centro de esta propuesta no está, como lo veremos, en una sugerencia genérica e ideal, sino en su realización práctica para los derechos (en el caso específico). Y

esto lo decimos quizás porque la relación existente entre la comunicación del discurso y el respeto propio es más que evidente y de seguro debe disponerse como la forma de concomitancia más clásica del Derecho.

Si bien la relación entre los derechos fluye básicamente del reconocimiento expreso de éstos dentro de la Constitución, en algunos Ordenamientos el legislador constituyente ha ido más lejos, mostrando al honor¹ y la vida privada² como límites de la expresión y la información. Lo más sorprendente es que no se presenta el supuesto contrario -la comunicación del discurso como límite del respeto propio-, quizás porque la posibilidad de vulneración no se da en este sentido.

Pero antes de conocer la forma cómo se ha de llevar a cabo nuestro acto concretizador es necesario ver cómo ha ido evolucionando el tratamiento de la situación relacional entre estos derechos, pasando por el conflicto y la colisión, para llegar finalmente a la determinación de contenidos.

1.2. La evolución en el examen de los derechos en concordancia

Las tres etapas mencionadas poseen características propias y, básicamente las dos primeras han recibido reconocimiento jurisprudencial. Expliquémoslas, aunque recordando el desarrollo de este tema elaborado en el Capítulo Segundo.

¹ El honor aparece como límite en las Constituciones de Panamá, artículo 37, Korea del Sur (honra y reputación), artículo 21.4, Liberia, artículo 15.e (difamación), Lituania, artículos 25.3 (honor y dignidad) y 25.4 (difusión de calumnia), El Salvador, artículo 6, España, artículo 20.4, Alemania, artículo 5.2, Bahamas, artículo 15 (derechos, reputaciones y libertades de otras personas), Bangladesh, artículo 39.2 (difamación o incitación a la ofensa), Dominica, artículo 10 (reputaciones), Barbados, artículo 20.2.b (reputaciones, derechos y libertades de otras personas), Chechenia, artículo 50.2 (insulto al honor y dignidad de los ciudadanos), China, artículo 38 (insulto, libelo y cargo falso contra los ciudadanos; se basa en la dignidad), Chipre, artículo 19.3 (reputación y derecho de terceros) y Jamaica, artículo 22.2 (buen nombre).

² La vida privada aparece como límite en las Constituciones de Bahamas, artículo 15 (prevención del descubrimiento de información recibida en confianza), Guatemala, artículo 35, El Salvador, artículo 6, Dominica, artículo 10 (vida privada en procesos judiciales), México, artículo 7,

1.2.1. El tratamiento como conflicto

La relación entre los derechos de respeto propio y de comunicación del discurso, a veces, ha sido trabajada como conflicto, asumiendo erróneamente que éstos en vez de considerarse como principios, se tomen como reglas, todo esto dentro de la teoría argumentativa.

La solución para las reglas debe realizarse a través de la eliminación de una de las reglas, o través de una excepción. En el ámbito que nos interesa el resultado ha estado dado fundamentalmente por el uso de la segunda de las opciones. Y esto se da así puesto que si bien en el caso del conflicto los derechos perjudicados no funcionaban, seguían teniendo vigencia para otros supuestos.

Tomando como base determinados criterios³ se ha tratado, entonces, de dar primacía o a los derechos de respeto propio o a los de comunicación del discurso.

1.2.1.1. Primacía de los derechos de respeto propio

Según cierto sector de la doctrina, la ubicación de los derechos dentro de los instrumentos internacionales identifica la primacía de unos sobre otros. El orden utilizado por el legislador superestatal nos muestra el grado de importancia de los derechos: el primero será más importante que el segundo, el segundo que el tercero y así sucesivamente.

Barbados (vida privada de personas involucradas en procesos judiciales y prevención del descubrimiento de información recibida en confianza), Liberia, artículo 15.e, Lituania, artículo 25.3, España, artículo 20.4 (intimidad) y Estonia, artículo 45.1 (vida familiar y personal).

³ Así, para BARROSO ASENJO, estos criterios podrán ser según el Derecho Natural, según la primacía del bien común, según la presentación como derechos humanos, según su carácter relativo y según su rasgo limitado. Sin embargo, sólo nos interesa revisar tres de ellos puesto que el primer y cuarto criterio no nos llevan a solución alguna: tanto respeto propio como comunicación del discurso son parte del Derecho Natural y son limitados [Límites Constitucionales al Derecho de la Información. Op. cit. pp. 66 y ss.]. Tratamiento como conflicto, también en Miguel Ángel EKMEKDJIAN. El derecho a la dignidad y la libertad de prensa. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, t. 1986-C (1986). p. 982.

El respeto propio prevalecería frente a la comunicación del discurso, si tomamos en cuenta que los primeros se encuentran en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos mientras que los segundos en el 19. En este mismo sentido, están el Pacto Internacional (honor y vida privada están en el artículo 17 y expresión e información en el 19) y el de San José (honor y vida privada en el 11 y expresión e información en el 13).

Si bien no toma como criterio el lugar que ocupa en el instrumento internacional, también Picasso señala la superioridad de los derechos de respeto propio -pese a referirse únicamente a la vida privada-: “entre los derechos del individuo, la defensa de la intimidad exige primacía. El sistema democrático debe defender la región inviolable del individuo. Si, so pretexto de la libertad de expresión, se invade la vida privada, el derecho político degenera en un fin en sí mismo”⁴.

En un caso de Jurisprudencia Nacional se acoge esta solución, al señalarse que “el ejercicio de libertad de opinión y de expresión no está consagrado como tal en forma irrestricta en nuestra Constitución primando sobre ese derecho el respeto a la persona humana, de conformidad con los artículos 1 y 2 inciso 5 de nuestra Carta Magna”⁵; inmediatamente agrega “que la función periodística no puede estar exenta de responsabilidades que la ley prevé cuando sobrepasa los límites de la sana crítica y que los fallos judiciales no pueden ser considerados como un recorte de la libertad de expresión, sino como el medio empleado por la justicia para restablecer el equilibrio de los derechos conculcados, en este caso del agraviado”⁶. Por eso, para Ekmekdjian, aunque hablando del honor, señala que “el derecho a la dignidad es el que ocupa el primer lugar en la escala jerárquica”⁷.

⁴ Cit. por Juan MORALES GODÓ. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 159.

⁵ Proceso desarrollado dentro de la vigencia de la Constitución de 1979: el artículo 2.5 de aquélla es el 2.7 de la actual.

⁶ Caso Vladimiro Montesinos Torres c/ Enrique Zileri Gibson. Primera Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Perú, Querrela nº 08-91-q.

En un sentido similar, también se ha resuelto en la Jurisprudencia Comparada: “en caso del conflicto insoluble entre ambos [...] la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho fundamental a la libertad de información es consecuencia necesaria de la consagración de la dignidad humana como principio fundamental y valor esencial, a la vez, del Estado social de derecho” [Sentencia T-414 de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional colombiana, de 16 de junio de 1992, rec. por Mario MADRID-MALO GARIZÁBAL. Derecho a la intimidad. Op. cit. p. 10].

⁷ El derecho a la dignidad y la libertad de prensa. Op. cit. p. 983.

Pero este supuesto se contradiría en sí mismo con la presentación de estos derechos en otros instrumentos internacionales, como lo es la Declaración Americana, puesto que en ella la comunicación del discurso aparece en el artículo IV y el respeto propio, en el V. Además en nuestra Constitución la información y la expresión aparecen en el artículo 2.4 y el honor y la vida privada, en el 2.7. Todo esto no hace nada más que desvirtuar esta presumible preponderancia.

1.2.1.2. Primacía de los derechos de comunicación del discurso

Otra pauta que nos llevaría a exigir la primacía de un derecho fundamental sobre otro es su cercanía a la formación y consecución del bien común. Definitivamente por sus características propias, los derechos de comunicación del discurso, al tener un ámbito general, son más cercanos a la formación del bien común. Conclusión: deben primar sobre los derechos de respeto propio.

Se puede decir también que la primacía se ha de basar en la capacidad de los derechos para favorecer al mayor número de personas. Entonces por ser el honor y la vida privada, derechos individuales, deben ceder ante la información y la expresión que aparecerían como derechos colectivos -como a veces se ha querido señalar respecto al público como titular-.

Así puede resolverse concediendo primacía a los derechos de comunicación del discurso⁸ frente a los de respeto propio, salvo “la no presencia en el caso concreto de las características que llevan a asignar la mencionada dimensión institucional a la libertad de expresión y una vez afirmada debe acomodarse el ejercicio de estas libertades a las exigencias del principio de necesidad”⁹.

⁸ En este punto, es muy clara la consideración de la Constitución de Nicaragua de reconocerlos como derechos sociales (artículo 66).

⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Temas de Derecho Penal. Op. cit. p. 295 y 296.

Sin embargo, en ninguna parte de nuestro Ordenamiento nos indica como pauta válida el bien común ni la cantidad de personas protegidas. Es más creemos que tanto el bien común como el particular y los derechos individuales como los colectivos deben ser promovidos por las Constituciones, y esa parece ser también la intención de la nuestra (revisar el artículo 1).

Ideas como éstas han sido recogidas dentro del esquema de la Jurisprudencia de los Valores -de la teoría valorativa- gracias a las *preferred freedoms*, postura doctrinal que nos invitaría a señalar en una jerarquía pero no en términos duros, como normalmente se conciben, sino en términos blandos. Es decir, se requiere el *balancing* para determinar la eficacia real de los derechos entendidos como valores.

La Corte Suprema estadounidense ha promovido una lista excluyente de valores que aseguraría la solución del conflicto entre los derechos de una manera adecuada¹⁰. Dentro de esta lista, presentada en el Capítulo Segundo, recordemos que en primer lugar aparecían los derechos contenidos en la Primera Enmienda de su Constitución, entre los cuales se pueden reconocer a los de comunicación del discurso¹¹, y recién el cuarto lugar, los *substantive due process* (derechos sustantivos a la persona), grupo de derechos entre los que se incluía al *right to privacy*.

A partir de una lista como ésta, en caso de conflicto se debería preferir a los derechos de comunicación del discurso, en desmedro de los de respeto propio. Sin embargo, es importante a partir de aquí realizar la ponderación para encontrar los límites convenientes de ambos en el campo de la realidad. Empero, por más ponderación que se realice ésta estará supeditada a un orden preestablecido. Se

Además, asumiendo un criterio de interés colectivo, Eduardo NOVOA MONREAL. Derecho a la vida privada y libertad de información. Op. cit. p. 190; Iván Fabio MEINI MÉNDEZ. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. punto 12 ('derechos de naturaleza social').

¹⁰ También asume la existencia de una lista de jerarquía de derechos, César SEMPERE RODRÍGUEZ. Artículo 18. Op. cit. p. 435.

¹¹ Primacia surgida gracias al Precedente *Gitlow c/ New York*, de 1925, rec. por Jordi FREIXES MONTES. Libertad de expresión y publicidad comercial en los Estados Unidos de América: Una aproximación a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. En: Gaceta Jurídica. Lima, t. 31 (jun. 1996). p. 66-A.

puede decir que no es exactamente una simple excepción, sino sobre todo una preferencia condicionada.

Para González Pérez, ésta parece ser la línea actual en la Jurisprudencia: así, el respeto propio “de figurar en la cima, anteponiéndose a la hacienda y hasta a la vida, ha quedado relegado a un modesto lugar, posponiéndose a libertades como las de expresión e información”¹².

Sin embargo, tal como ya señaláramos *supra*, una solución de este tipo no puede derivarse directa ni indirectamente de la Norma Fundamental, razón por la cual no compartimos una situación relacional basada en un conflicto.

1.2.2. Tratamiento como colisión

Como vemos, el tratamiento como conflicto debe ser dejado de lado. Concebir la relación entre estos derechos como una colisión es una propuesta más cercana a la teoría contemporánea.

Según la colisión, en el plano abstracto, un derecho se encuentra en situación de igualdad con otro, pero en el plano real, la disposición es muy distinta. Atendiendo a las diferencias entre ellos y a su adscripción a determinadas Teorías de los Derechos Fundamentales, los derechos fundamentales deben encontrar una supremacía en el campo de la existencia fáctica.

Así, mientras en el conflicto se asume que un derecho prima sobre otro, en la colisión, basándose en el principio básico de la igualdad entre ellos, en

determinadas cuestiones que se presenten en la vida cotidiana, se deberá aceptar la preponderancia de uno sobre otro.

Aunque relacionándolo con el abuso del derecho, Morales Godo se adscribe a una solución basada en la colisión, y es que “los derechos en estudio pueden colisionar, por ser derechos equivalentes, no subordinados uno al otro; y en el caso de la libertad de información se puede incurrir en abuso de derecho, cuando el sujeto se exceda en la prerrogativa que le confiere el sistema y no tiren al frente un derecho específico, ya que de existir estaríamos frente a la colisión de derechos, como sería el caso de que se afecte a la vida privada de la persona”¹³.

Además, debemos darnos cuenta que el término mismo de colisión no nos asegura, o mejor dicho no reconoce, una coherencia ni consistencia pacífica dentro de una Norma Constitucional, puesto que este término nos pretende dar a entender la existencia de un choque entre dos derechos.

En la Parte I, específicamente en el segundo capítulo, hacíamos referencia a las debilidades de una postulación como ésta, pero no podemos negar el predominio de este tratamiento en la doctrina moderna. Y eso quizás porque el tratamiento de la colisión de los derechos de respeto propio y comunicación del discurso asegura una cierta semejanza de peso constitucional de los derechos, pero a la vez que la realidad nos impone para el ejercicio de uno de ellos sacrificar una parte del otro.

Son diversas las Teorías de Derechos Fundamentales (liberal, moral-jurídica o institucional) que pueden llevarnos a una respuesta colisionista. Veámoslas.

1.2.2.1. Prevalencia del respeto propio

¹² La degradación del derecho al honor. Op. cit. p. 13.

¹³ MORALES GODO, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. pp. 152 y 153; en una posición aproximada, Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. Derecho a la identidad personal. Op. cit. pp. 203 y ss. (aunque toma la relación existente entre los derechos, de información y de identidad, como conflictiva, desarrolla el tema como colisión).

Según los liberales, mientras un derecho más proteja al hombre aislado, tiene más posibilidad de sobresalir frente a los demás. En este sentido, los derechos al honor y a la vida privada, tendrían una cierta ventaja, en un caso de colisión, frente a la expresión y la información. El *in dubio pro libertate* les favorecía. Ésta fue la línea seguida con mucho fervor en la primera parte del siglo XX.

A solución similar llega la teoría moral-jurídica. Para ella se ha de proponer, también, un cierto acercamiento a la prevalencia del honor y vida privada, puesto que éstos aparecen como un triunfo sobre la mayoría.

A propósito de este tema, Dworkin ha señalado que los derechos individuales son más consistentes que los derechos de la colectividad, y si bien ambos son derechos fundamentales, su inclinación hacia los primeros es más que obvia¹⁴.

Entonces, en caso de brindar prevalencia a la comunicación del discurso se produciría “un notable desequilibrio entre el individuo cuya intimidad se trata de proteger y los pocos, pero poderosos, que pueden acceder efectivamente a los medios de comunicación social”¹⁵.

En ambos casos se señala la existencia de igualdad entre los derechos pero en la resolución de los casos concretos, la balanza debe inclinarse a favor de los de respeto propio, puesto que representan de mejor forma la libertad personal y el respeto eficaz de los seres humanos.

Esta propuesta ha sido recogida principalmente hasta la década de los setenta dentro de la Jurisprudencia Comparada. Se consideraba a estos derechos como unos individuales intangibles, como se señala desde el punto de vista de los

¹⁴ Los derechos en serio. Op. cit. pp. 234 y ss.

derechos de comunicación del discurso, fase del ‘régimen de la exclusión’¹⁶, puesto que éstos no prevalecen en una supuesta colisión. Sin embargo, poco a poco ha sido desapareciendo la adscripción de una proposición como ésta.

Centrándose en la experiencia europea, Ruiz Miguel ha señalado que “el artículo 10.2 es más restrictivo que el artículo 8.2 y comprende más límites que este último (lo que, por otra parte, revela la superior posición de éste)”¹⁷.

Sin embargo, discrepamos con esta solución puesto que -como ya explicásemos- la similitud de peso de los derechos debe darse no sólo en el plano abstracto sino especialmente en el plano concreto, y no existe razón alguna para sostener el triunfo del respeto propio sobre los de comunicación del discurso, pero tampoco en caso inverso, como pasamos a explicar.

1.2.2.2. Prevalencia de la comunicación del discurso

Hemos repetido constantemente la gran aceptación en la actualidad del planteo institucional, y justamente creemos que a través de él, se ha podido esbozar una cierta prevalencia de la expresión e información.

No sólo basándose en la teoría institucional sino también la valorativa puede plantearse la prevalencia de los derechos de comunicación del discurso¹⁸. Ello ha

¹⁵ VÁSQUEZ, Aldo. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 98.

¹⁶ Analizando los derechos de comunicación del discurso, los españoles señalan que el tratamiento clásico jurisprudencial de la situación relacional con los de respeto propio parte de una etapa de exclusión, que es en la que nos encontramos, para luego pasar a dos más en las que prevalecen aquéllos, y que revisaremos a continuación.

Coinciden en esta triple fase, Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. pp. 15 y 16; José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Algunos apuntes sobre la conflictiva relación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor en el Perú de hoy. Op. cit. p. 28, repetida en Prensa juzgada. Op. cit. p. 61; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. La degradación del derecho al honor. Op. cit. pp. 46 y ss.; Aurelia María ROMERO COLOMA. Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Op. cit. pp. 14 y ss; Fernando HERRERO-TEJEDOR. Honor, intimidad y propia imagen. Op. cit. pp. 112 y ss.

Agrega una etapa más, coincidente con nuestra determinación de contenidos, Eloy ESPINOZA-SALDAÑA B. Notas acerca de la titularidad del derecho al honor, así como sobre la protección de dicho derecho frente a los posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas. Op. cit. pp. 02 y 03 (previa delimitación de los derechos).

¹⁷ El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 87.

¹⁸ Asumida por Francisco EGUIGUREN PRAELI. La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. p. 61; Gregorio BADENI. La libertad de expresión. Op. cit. p. 132.

sido así porque en doctrina clásica, los derechos de respeto propio responden a la protección de la personalidad, por lo tanto deben ser considerados dentro de la Primera Generación y los que nos interesan son parte de los de Segunda, por revelar consideraciones sociales. Por eso, para Novoa Monreal, estos últimos predominarán por garantizar ‘intereses generales’ por encima de los derechos individuales¹⁹.

Sin embargo la comprensión de esta teoría, desde nuestro punto de vista, ha sido ‘seducida’ por la gran presión que los medios de comunicación social ejercen en las sociedades modernas y ‘encandilecida’ por las cualidades de los derechos que éstos representan.

Cierta parte de la doctrina, a veces no sin razón, ha criticado esta explicación institucionalista de la situación relacional que, de un lado propone la doble dimensión de los derechos fundamentales, y de otro nos lleva a una prevalencia de ciertos derechos de acuerdo a su capacidad de promover la democracia.

Esta prevalencia se ha dado progresivamente a través de dos procesos distintos. En el primero de ellos, bajo el disfraz de un proceso como el de ponderación -que consideramos como el correcto para usar- se preveía el mayor acercamiento a la expresión y a la información. Si bien regresábamos al *balancing test*, éste ya tenía previsto una solución final favorable a los derechos mencionados pero la misma debía adecuarse según el caso concreto.

El error partía, no en considerar a los derechos en igualdad de condiciones por ser derechos fundamentales -tal como el Constitucionalismo Contemporáneo lo exige-

Como conclusión EGUIGUREN PRAELI señala que la solución de la colisión debe resolverse “analizando y ponderando, en cada caso concreto, la relevancia de los intereses enfrentados y los valores a preservar, para determinar la protección de qué derecho debe preferirse y prevalecer [La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. p. 73].

¹⁹ Derecho a la vida privada y libertad de información. Op. cit. pp. 194 y ss.

sino en reconocer a la comunicación del discurso su prevalencia basada en que es la “garantía de una institución política fundamental como la opinión pública, indisolublemente ligada al pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del Estado democrático”²⁰. Entonces, vemos que la solución presentada en el Derecho Anglosajón (del *balancing test*), ha sido prácticamente retomada por el Romano²¹.

Pero luego de usar esta careta ponderativa, los tribunales empezaron a adscribirse a una prevalencia directa de los derechos de comunicación del discurso. Esta fase conocida de ‘conurrencia normativa’ recoge postulados como la de la *preferred position* de estos derechos gracias a su acercamiento al fortalecimiento democrático de los países. En cambio, consideran que los derechos de respeto propio, por responder a otras expectativas, colaboran con este objetivo solamente de manera indirecta.

Para los defensores de estas posturas, tras preguntarse si puede existir prevalencia o no entre estos derechos, se responden que “[s]i bien es cierto que no existe una fórmula universal que ofrezca una respuesta unívoca a la pregunta anterior, sea en sentido afirmativo o negativo, también es verdad que se puede advertir una tendencia creciente en los órganos jurisdiccionales de los Estados democráticos de derecho a privilegiar el ejercicio de las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor de las personas públicas”²². Pero, si bien esta posición preferente ha de basarse en su cercanía con la libertad y la posibilidad de realizar democracia como forma de gobierno asentada en el pluralismo político, ésta no debe considerarse como absoluta pues necesita ciertos requisitos²³.

²⁰ Posición de José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 62, retomando la Jurisprudencia Comparada.

²¹ Caso Soria Semanal, Sentencia del Tribunal Constitucional español 104/1986, de 17 de julio, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 71 y ss; también, Fernando HERRERO-TEJEDOR. Honor, intimidad y propia imagen. Op. cit. p. 117.

²² VILLANUEVA, Ernesto. ¿Qué debe prevalecer? <http://www.planet.com.mx/media/edición29/informat.htm>; además, Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. Aspectos constitucional de la libertad de expresión y derecho a la información. Op. cit. p. 153; Eduardo NOVOA MONREAL. El derecho a la vida privada y la libertad de información. Op. cit. p. 195; Emilio CÁRDENAS. Libertad de prensa acerca de las ‘fuentes’ informativas. Op. cit. p. 999.

²³ UGAZ SANCHEZ-MORENO, José Carlos. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 63 y ss.

También, se ha concebido que los derechos de respeto propio escapan al hecho de tener un ámbito objetivo, al ser meramente relacionales: su sentido no se da por sí mismo, sino basado en una dimensión témporo–espacial, como un medio de defensa de la persona frente a los ataques de los demás. Así, solamente veremos la eficacia del honor y la vida privada cuando intenten ser vulnerados por la expresión y la información, o algún otro derecho análogo.

Además, en este esquema se ha llegado a proponer el ‘efecto irradiante’ que estos derechos tendrían, es decir, la derivación que posee su ejercicio en la vigencia del resto de derechos constitucionalmente protegidos.

En síntesis, es la “condición indispensable de casi todos los derechos fundamentales”²⁴. En este sentido, Pérez Tremps señala que “ante dos derechos en colisión debe prevalecer el derecho que resulta a priori menos limitado por poseer, en principio, mayor fuerza expansiva”²⁵.

No es tan ilógico suponer este efecto irradiante en la realidad nacional. En un sondeo de opinión presentado por Analistas & Consultores, presentado en un canal de televisión en 1997, las personas consideraban que los medios de comunicación social era la principal ‘institución’ que protegía sus derechos²⁶, dejando atrás a la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial y el Ministerio Público.

Sin embargo, y pese al desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este tema en diversas partes del mundo, creemos que una proposición así presentada nos

²⁴ Juez CARDOZO, en el caso estadounidense *Palk c/ Connecticut*, rec. por Héctor FAÚNDEZ LEDESMA. La libertad de expresión. Op. cit. pp. 249 y 250. Esta postura también ha sido recogida por diversos estudiosos recogiendo las propuestas de la famosa sentencia Lüth del Tribunal Constitucional alemán, BverfG 12, 133 y ss.; entre otros, Enrique BACIGALUPO. Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias. Op. cit. p. 356; Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 45 (“sin una amplia libertad de expresión, el ejercicio de los derechos de participación política, tales como el derecho al voto y el derecho a constituir partidos políticos y grupos de interés, quedaría degradado a un puro formalismo, afectando gravemente al propio sistema”); José MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO. El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional. Op. cit. p. 145.

²⁵ Criterios de interpretación de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 05; siguiendo esta línea conceptual, Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Temas de Derecho Penal. Op. cit. p. 296.

En un sentido similar, Sentencia 107/1988 del mismo Tribunal, según se otorga el sentido superior o ‘eficacia irradiante’ a los derechos de comunicación del discurso [rec. por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Las libertades informativas en la Constitución Española de 1978. Op. cit. p. 109].

²⁶ Según UCEDA, “para la opinión pública del Perú la prensa es una de las instituciones más confiables, de acuerdo a estadísticas especializadas” [Presentación: ¿Nos habíamos difamado tanto? En: UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. Prensa juzgada. Op. cit. p. 18].

deriva a una situación de jerarquía y volveríamos a los errores señalados para el caso del conflicto. Es más, aceptar el supuesto efecto irradiante no es óbice para otorgarle un mayor valor a estos derechos, sino sólo, tal como lo apuntáramos en el Capítulo Tercero, dar el sentido correcto a los derechos de comunicación del discurso.

Si se aceptara abiertamente el mayor rango de los derechos del discurso, romperíamos el sistema de igualdad y correspondencia entre los derechos fundamentales reconocido dentro de una Constitución coherente y completa²⁷. Coincidimos, por ello, con Herrero-Tejedor, cuando señala que el concepto de “posición prevalente (aunque no jerárquica)” no es sino una “expresión que posee algo de eufemística”²⁸.

Entonces creemos que el tratamiento a lo largo de estos años respecto a la situación relacional entre los derechos de comunicación del discurso y de respeto propio se han ido alejando -o mejor dicho, nunca se han acercado- a las propuestas constitucionales. La integridad de la misma nos lleva a una solución distinta.

1.2.3. Tratamiento como determinación de contenidos

Una propuesta de este tipo habrá de posibilitar la igualdad entre los derechos tanto en el campo meramente formal como también en el material.

Tal como hemos observado, el tratamiento como conflicto parte de la idea de que no existe igualdad entre los derechos fundamentales (algunas veces se considera como principales al honor y la vida privada, y otras a la expresión y la

²⁷ Para HÄBERLE, “el hilo conductor de la reflexión [...] desarrollada sobre los derechos fundamentales y de la acción a favor de estos es la idea de la tutela de la persona (*personaler Schutzgedanke*) en provecho de una realidad óptima de los derechos fundamentales” [La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. p. 259].

información). Si bien el resultado podrá ser objeto de un *balancing test*, el punto de partida definitivamente será de la jerarquía entre los derechos. Frente a este planteamiento, el tratamiento como colisión surge de considerar a los derechos en un plano de igualdad abstracta, solamente en la obra constituyente, pero que en el plano real o concreto están en posición de choque (además del antagonismo en su ejercicio). Nosotros, creemos que recogiendo los postulados de una correcta interpretación de la Teoría de los Derechos Fundamentales, se ha de mostrar que la situación relacional existente entre los derechos fundamentales es de igualdad tanto en el plano concreto como en el abstracto.

Por lo tanto, si a partir de la colisión se considera una posibilidad de existencia de oposición práctica entre los derechos, desde la determinación de contenidos, ella no existe: los ámbitos de cada derecho están ‘perfectamente’ delimitados, y lo único que podría existir entre ellos es que un titular -en este caso, de la expresión o la información- ejercite su derecho de manera abusiva, perjudicando el espacio de otro derecho -como el honor o la vida privada-. Eso es simplemente lo que ocurre en la realidad.

Ante ello, no nos queda otra cosa que intentar una nueva forma de concretizar sus dimensiones. Para ello utilizaremos el denominado método de la ‘determinación de contenidos’, el mismo que intenta recoger los postulados de una Teoría de Derechos Fundamentales, sólida y coherente.

Es, como dice nuestra Jurisprudencia -aunque sea sólo de forma enunciativa-, una situación relacional “debe resolverse sobre la base de la ponderación de intereses”²⁸. En este momento, trataremos de encontrar la solución adecuada cuando “no resulta claro si nos encontramos frente a un comportamiento abusivo

²⁸ Honor, intimidad y propia imagen. Op. cit. p. 121.

²⁹ Caso Clemente Noel Moral c/ César Hildebrant Pérez-Treviño, Sentencia del Tercer Juzgado Penal de Lima, de 07 de octubre de 1991.

que intenta respaldarse en el ejercicio de las libertades informativas, o si más bien nos hallamos ante una indebida invocación del derecho al honor como pretexto para justificar verdaderos recortes o intromisiones en el contenido y alcances de la libertad de expresión o el derecho a la información”³⁰.

Desde nuestro punto de vista, un adecuado tratamiento de las situaciones relacionales entre el respeto propio y comunicación del discurso depende de considerar a la Constitución como un todo consistente y sistemático. En sí, no pueden haber conflictos -sobre todo de principios- ni colisión y por lo tanto, es menester a continuación iniciar la determinación de contenidos, procedimiento ordenado que busca salvar las dificultades antes mostradas, utilizando el parámetro de Concordancia Interna.

Coincidimos con la Secretaría General de la Organización de Naciones Unidas cuando señala que para salvaguardar todos los derechos, se requiere “necesariamente un cuidadoso equilibrio entre los intereses de la colectividad, por un lado, y los del individuo por el otro”³¹. Éste es nuestro objetivo final.

Para ello, debemos tomar en cuenta la realización y vigencia de cada uno de los derechos fundamentales implicados: “la solución debe ser encontrada al reconocer los intereses que se enfrentan, evaluar su fuerza respectiva, pesarlos de alguna manera con las balanzas de la justicia”³². Ya que si bien debe reconocerse las diferencias existentes entre la comunicación del discurso y el respeto propio, “la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros”³³. Así, honor, vida privada, expresión

³⁰ ESPINOZA-SALDAÑA B., Eloy. Notas acerca de la titularidad del derecho al honor, así como sobre la protección de dicho derecho frente a los posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas. Op. cit. p. 01.

³¹ Informe Las dimensiones internacionales del derecho al desarrollo, dado en 1979, cit. por Juan MORALES GODO. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 156.

Para el caso específico de la ponderación en la relación entre los derechos de comunicación del discurso y de respeto propio, revisar, Enrique BACIGALUPO. Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias. Op. cit. p. 355; Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 34.

³² GENY, cit. Eduardo NOVOA MONREAL. Derecho a la vida privada y libertad de información. Op. cit. p. 183.; en un sentido similar se expresa María Luisa BALAGUER CALLEJÓN. El derecho fundamental al honor. Op. cit. p. 170.

³³ ¿Qué son los derechos humanos?. En: Página web del PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN (PROVEA) – ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS. Derechos Humanos. http://www.derechos.org.ve/que_son.

e información, deberán entenderse dentro de los ámbitos protegidos por cada uno de ellos, en situación de igualdad concreta y real. Entonces, cuando los medios de comunicación social logran un equilibrio entre estos dos grupos de derechos “no tienen nada que temer, pero cuando no es así, comprometen el lugar que les corresponde en la sociedad”³⁴.

Antes de concretizar esta delimitación -tema que será materia de análisis en el último capítulo-, debemos reconocer en qué campo se han de determinar los contenidos de los derechos. A ello hace referencia las situaciones relacionales. Es el espacio en el que confluyen los cuatro derechos fundamentales estudiados. Pero descubrirlo no es labor fácil: es necesario un procedimiento, en el que primero se descubran las alternativas de los derechos por separado para luego vincularse entre sí y, de esta forma, hallar la única curva de situaciones posibles.

2. Un procedimiento metódico

Lo que debemos intentar en este punto es procurar un ámbito ‘constitucionalmente adecuado’ de cada uno de los derechos fundamentales. Lo que la doctrina contemporánea ha propuesto ha sido que se debe definir, en primer lugar, los diferentes derechos. De ello, en buena cuenta, ha sido a lo que nos hemos dedicado en la Parte II de este trabajo.

Para RODRÍGUEZ MOURULLO, refiriéndose al honor y la expresión, “no es posible por ello establecer de la propia Constitución un primacía de un derecho u otro” [Libertad de expresión y derecho al honor. Op. cit. p. 898.

³⁴ FENBY, Jonhatan. En las fronteras de la vida privada. Op. cit. p. 23.

Sin embargo, a partir de aquí hacia delante, trataremos de centrarnos ya no en un concepto abstracto de cada derecho sino fundamentalmente en las cuestiones relevantes de los cuatro derechos tratados. Dejamos constancia de la dificultad de establecer todas las posibilidades admisibles, por lo que presentaremos las que más nos interesan.

2.1. La curva de situaciones relacionales

Cuando trabajamos los Capítulos Tercero y Cuarto debimos determinar en ellos diversas alternativas de los derechos fundamentales involucrados. A partir de estas posibilidades se podrá establecer conexiones de tres tipos como veremos más adelante.

Repasemos brevemente estas alternativas surgidas de los derechos de comunicación del discurso y de respeto propio.

(A) Comunicación del discurso

En ambos derechos, el criterio para el establecimiento de posibilidades se basará en los supuestos de hecho que ambos incluyen.

(a) Información

Dentro de este derecho podemos distinguir seis alternativas: recepción de informaciones; búsqueda de informaciones; difusión de informaciones a través de medios privados; difusión de informaciones a través de medios periodísticos; difusión de informaciones a través de relatos reales; y, difusión de informaciones a través de internet.

(b) Expresión

Dentro de este derecho encontramos cinco alternativas: acceso a opiniones; difusión de opiniones a través de medios de comunicación privada; difusión de opiniones a través de medios periodísticos; difusión de opiniones a través de discursos imaginativos; y, difusión de opiniones a través de internet.

(B) Respeto propio

A diferencia del esquema de alternativas de la expresión y la información, el tratamiento de honor y vida privada difiere bastante: mientras que en el primero el criterio de separación será la titularidad, en el segundo, los supuestos de hecho.

(a) Honor

En este derecho podemos encontrar tres alternativas: honor individual; honor de personas jurídicas; y, honor de colectivos.

(b) Vida privada

En el derecho a la vida privada encontraremos cuatro alternativas: intimidad; no-revelación de datos; autonomía; y, autodeterminación informativa.

Después de haber sentado las principales posibilidades de desarrollo de los derechos de respeto propio y de comunicación del discurso, es menester ahora identificar las situaciones relacionales entre ambos. Esto es identificar las posibilidades de explicación de estos derechos ya en concordancia.

Si bien uno se puede imaginar que existen cuatro correspondencias entre los derechos involucrados, sólo existen tres: honor y expresión, vida privada y información y honor e información.

¿Y vida privada y expresión? Bueno, y según lo apuntáramos en su momento, existe una imposibilidad material para realizar una determinación de los

contenidos entre estos derechos, puesto que no existe un punto común de confluencia entre los mismos³⁵. El primero está referido a hechos fácticos; el segundo es un mera elucidación de ideas, sugerencias o reflexiones; es inmaterial. Nunca una opinión podrá inmiscuirse en -o afectar- la realidad.

¿Y no podría decirse lo mismo respecto a la información (que versa sobre actos reales) y el honor? La respuesta es tajante: no. Para ello basta recordar el concepto que hemos dado al honor, y podremos darnos cuenta que debemos fijar los contornos en que, por ejemplo, una noticia -lógicamente verdadera- sobre una persona particular pero que afecta su honor, ¿debe ser aceptada en el ámbito jurídico graciosamente? Creemos en una respuesta negativa, pero ello habremos de fundamentarlo a lo largo de lo que falta del trabajo.

2.1.1. Las relaciones entre expresión y honor

Esta clásica situación relacional existente entre dos derechos fundamentales nos presenta varias formas de correspondencias, las cuales pasamos a revisar.

a. Acceso a opiniones y honor en general

Si bien no es muy común encontrarnos con una relación de este tipo, creemos que el ejercicio inadecuado de la búsqueda y recepción de opiniones hace que se afecte el honor de las personas.

b. Difusión de opiniones a través de medios privados y honor en general

³⁵ Coincidimos en este punto con José Enrique BUSTOS PUECHE ¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor? Op. cit. p. 12.

La mayoría de casos, los más cotidianos, son aquellos en los que no interviene un medio de comunicación social para relacionarse expresión y honor. Sucede que, al interior de los barrios -o de los centros de trabajo-, la gente suele hablar de los demás y así puede existir un daño a este derecho de respeto propio.

c. Difusión de opiniones a través de medios periodísticos y honor individual

La mayoría de veces que vertimos opiniones a través de los medios de comunicación clásicos -llámese, radio, televisión, periódicos o revistas- existe una gran posibilidad de que, en caso de que el discurso exceda los parámetros constitucionales, se afecte el honor individual, el honor de una persona natural. Para ello debemos encontrar un punto medio en que ambos derechos coexistan.

d. Difusión de opiniones a través de medios periodísticos y honor de personas jurídicas

También el derecho a la expresión debe encontrar su límite en el honor de las personas jurídicas. Al igual que las naturales, estas personas también desean mantener una idea general aceptable para que esto beneficie a sus actividades.

e. Difusión de opiniones a través de medios periodísticos y honor de colectivos

Un tema bastante complicado e importante es cómo delimitar el derecho de los colectivos al honor y el derecho de las personas a opinar sobre ellos, a emitir algún tipo de comentario.

f. Difusión de opiniones a través de discursos imaginativos y honor en general

Una de las formas clásicas de expresar una opinión es a través de una obra literaria puesto que ésta es el modelo ideal de cómo una persona puede referirse sobre los diversos temas de actualidad y fantasear sobre ellos. Sin embargo, a veces esta ilusión abarca o arrastra a personajes de verdad, entonces ¿cómo circunscribir perfectamente ambos contenidos?

En esta situación relacional, también nos dedicaremos a analizar supuestos que, aparte de las obras, pueden estar en concomitancia con el honor: el fotomontaje, el sarcasmo y la caricatura, todos estos incluidos en lo que llamaremos sátira.

g. Difusión de opinión a través de internet y honor en general

La forma más novedosa en que uno puede presentar su discurso expresivo es gracias a internet. Esta reciente industria permite que las personas puedan dictaminar sobre diversos hechos y personas de la realidad. Es muy complicada la manera en que se deben amoldar este derecho con su correspondiente al honor.

Ha surgido ya la controversia sobre el tema: la de permitir que la red mundial de computadoras sea un foro único de expresión, verdaderamente libre, propiedad de cada uno de los ciudadanos del mundo. La comunicación del discurso absoluta se busca presentar en internet y debe ser un valor fehaciente y un ideal inviolable para lo sociedad mundial. Sin embargo, “los mismos conceptos y tradiciones en los que se han fundado las leyes [...] han establecido regulaciones efectivas en el contenido de las publicaciones que se montan en la red mundial de computadoras”³⁶. Por eso, en referencia a la libertad informática, se dice que “para la opinión pública y el pensamiento filosófico, jurídico y político de nuestro tiempo

³⁶ Editorial de La Nación. La libertad de expresión en Internet desde la cosmovisión norteamericana. En: La Nación. <http://www.hypergraphia.com/columna/Nacion55.htm>.

constituye un problema nodal el establecimiento de unas garantías que tutelen a los ciudadanos frente a la eventual erosión y asalto tecnológico de sus derechos y libertades”³⁷.

2.1.2. Las relaciones entre información y vida privada

En general, lo que se busca evitar es que la vida privada sea ‘puesta de manifiesto’, tal como claramente lo enuncia el artículo 14 del Código Civil. Pero, no sólo eso: también se busca una protección adecuada frente al acceso informativo.

a. Recepción de informaciones y autonomía

A veces, el uso desmedido o inadecuado del derecho a la información provoca que la gente no logre tomar las decisiones correctas en sus vidas, puesto que la dirección de aquélla supedita éstas.

b. Recepción de informaciones e intimidad

Cuando uno está tranquilamente descansando en su casa, en determinadas oportunidades, existen agentes religiosos o publicitarios que tratan de ingresar insistentemente en ella. En este caso, se podría llegar a dar una afectación en la vida privada de quien no quiere recibirlos.

También, se puede presentar una situación relacional cuando uno solicita información a un particular -no funcionario público-, el mismo que puede no tener

³⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las generaciones de los derechos humanos. Op. cit. p. 279.

el deber de proporcionar el informe solicitado por lo que “la insistencia del investigador, periodista o no, puede constituir una invasión de los derechos de la persona interrogada, en cuanto ésta no desee ser molestada”³⁸.

c. Búsqueda de informaciones y no-revelación de datos personales

Es muy claro en el artículo 2.5 de la Constitución que la búsqueda de información administrativa puede realizarse siempre y cuando no intente revelar - lo que el constituyente reconoce como- la intimidad, y que, según nosotros, es la no-revelación de datos personales.

Para Sweeney, la reunión de los datos públicamente disponibles de varias fuentes diferentes (como los archivos de la licencia para manejar, el certificado de nacimiento y los gravámenes de propiedad) puede rendir resultados sorprenderse: "Casi es como si la tecnología está en guerra con la privacidad"³⁹. Y es que el “poder de la prensa para difundir ideas y valores, y modular las conductas se ha multiplicado gracias a la aplicación de estas nuevas tecnologías, que es sin duda uno de los hechos más influyentes de las últimas décadas y constituye uno de los vectores de cambio socioeconómico decisivos para el siglo XXI”⁴⁰.

d. Búsqueda de informaciones y autodeterminación informativa

Lo que debe claro es que, en este caso, se debe delimitar la información respecto a su ámbito de acceso, y la vida privada respecto a su ámbito de proyección. Y es que, en múltiples oportunidades, uno busca información que podría perjudicar los derechos de otros, y éstos pueden buscar el control de la información que le

³⁸ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. La libertad de expresión. Op. cit. p. 275.

³⁹ Según lo recoge María SEMINERIO. *Free speech and privacy forever linked*. En: *ZD Net. Technologies Headlines*. Canberra, 08 de abril de 1999. <http://www.yahoo.com/headlines/technology/zdnet/story.html>.

⁴⁰ MAYOR, Federico. Medios de comunicación y cultura de paz. Op. cit. p. 02.

concierno, motivo por el cual debe existir un límite claro entre ambos derechos, una cuestión tan de moda en el mundo actual.

e. Difusión de informaciones a través de medios privados y vida privada en general

No es nada raro ver a las personas contando sobre las vidas de los demás, hablando con el vecino sobre tal o cual situación que ha sucedido.

Muchas veces, estas cuestiones tienen relación con la vida privada de alguno de los presumibles afectados. Por lo tanto, tenemos que decidir qué situaciones están incluidas en cada uno de los derechos en juego.

f. Difusión de informaciones a través de medios periodísticos y vida privada en general

Una de las formas en que esencialmente se presenta la relación entre la vida privada y la información se centra en la actividad de los medios clásicos de comunicación: las fotos y escritos en los periódicos y revistas, y las imágenes en la televisión muchas veces se vinculan con el derecho de las personas a la vida privada.

Hemos sido testigos que en el mundo de hoy existe una propensión hacia una actividad lucrativa, y mientras más imposible e innacesible sea la información que se presente, mayor valor tendrá para el público tendrá dicha tarea y por lo tanto el rating aumentará, sin medirse las consecuencias que se podrá tener para la persona en apariencia afectada.

Creemos que Pace es bastante claro en explicar esta situación relacional: “Las tendencias ‘masificantes’ que, con el pretexto del interés social por esa determinada información, estimulan el interés por la vida privada de los personajes llamados ‘públicos’, y por las situaciones más o menos picantes, más o menos escabrosas, más o menos dramáticas; y también por aquellas en las que se encuentran envueltos accidentalmente el propio hombre de masas: ‘víctima’ (e inconsciente ‘verdugo’) de un sistema que, con sus gustos incentivados a sabiendas por los *mass media*, él -esto es, el hombre de masas- ha contribuido de hecho a hacerlo prosperar”⁴¹.

g. Difusión de informaciones a través de relatos reales y vida privada en general

Una forma novedosa -y muy de moda- ha sido la afectación por parte de pseudoescritores de inmiscuirse en la vida privada de las personas, sobre todo de la farándula. Sin embargo, un tema como éste nos debe hacer reflexionar sobre el rol que cumplen cada vez más los libros en nuestra vida. En vez de crear pensamientos en la mente de la persona, sólo sirven para entretener y de manera inadecuada.

Por eso, nos proponemos a descubrir la verdadera relación entre los derechos a la información en las obras literarias -contar hechos verdaderos- y un aspecto de la vida privada.

h. Difusión de informaciones a través de internet y vida privada en general

Aunque también se puede opinar a través de las páginas web, mucho más cosas podemos conocer de la realidad. Las informaciones sobre el mundo en general es muy común y quizás, en muchas partes, podemos encontrar situaciones que nos invitan a ingresar a la vida privada de las personas.

⁴¹ El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass media. Op. cit. p. 37.

Coyle explica el problema actual con internet: “La amenaza verdadera para la privacidad no viene de los ordenadores sino de los intereses existentes detrás de esos ordenadores: los propietarios de los sitios web que están interesados en recopilar información detallada sobre quién visita su sitio y los datos demográficos de esos visitantes. No es que los propietarios de los websites sean simplemente un manojo de entrometidos; la web opera sobre un modelo económico basado en ingresos de publicidad, y ese modelo requiere una recopilación de datos sobre los consumidores potenciales”⁴².

2.1.3. Las relaciones entre información y honor

Si bien, en ciertas oportunidades, se ha considerado para la afectación del honor es necesaria la existencia de una información carente de veracidad, consideramos intrascendente este requisito⁴³. Más adelante, explicaremos el porqué de nuestra posición.

a. Acceso a informaciones y honor en general

Así como existe un claro límite entre el acceso a las informaciones -sobre todo referido a su búsqueda- y la vida privada, con reconocimiento constitucional, se

⁴² Privacidad y libertad de expresión – Discurso. XXCI Reunión Anual de la Asociación de Bibliotecas Jurídicas (Anaheim, Estados Unidos de Norteamérica, julio de 1998). www.kcoyle.net/privacysp.html.

Además agrega que “[t]ambién es verdadera la diferencia entre mis visitas a una librería local y las compras de libros online. En un artículo del ya mencionado New York Times sobre Amazon.com, un representante de Simon y Schuster hablando entusiásticamente sobre la librería online decía: ‘Lo que es [...] fascinante es que se sabe quiénes están comprando los libros y qué es lo que les gusta. Y eso es increíblemente valioso para nosotros’”. De esa manera se puede encontrar patrones de conducta de las personas.

Este punto de vista es semejante al de José María MOLINA MATEOS. Seguridad, información y poder. Op. cit. p. 24.

⁴³ A favor, María Luisa BALAGUER CALLEJÓN. El derecho fundamental al honor. Op. cit. pp. 126, 180 y ss.; en contra, Francisco EGUIGUREN PRAELI. La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. p. 61; Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 101 (sólo se dará cuando la información no es veraz).

puede dar el supuesto en que una noticia también pueda afectar el honor de una persona.

b. Difusión de informaciones a través de medios privados y honor en general

Los medios de comunicación no sociales pueden relacionarse con el honor, como cuando se dice que un vecino es un ladrón. Informaciones como éstas pueden verse reñidas con derechos como el honor, independientemente de la afectación que podría darse a la vida privada.

c. Difusión de informaciones a través de medios periodísticos y honor individual

A veces las noticias reales, y supuestamente dentro del ámbito de protección de la información, pueden afectar el honor, independientemente si lo hace o no a la vida privada. Por eso debemos distinguir los supuestos de ambos derechos.

No es nada raro saber que un discurso informativo que trate sobre una persona, pueda traerle consecuencias dañinas a ésta. Así descubrimos la relación existente entre los dos derechos.

d. Difusión de informaciones a través de medios periodísticos y honor de las personas jurídicas

Y así como la información difundida a través de los medios de comunicación social clásicos pueden afectar el honor de una persona individual, también lo pueden hacer con la jurídica. Si, por ejemplo, se señala que tal empresa es una dedicada al tráfico de armas, se podría perjudicar a través de la noticia, el honor de ésta.

e. Difusión de informaciones a través de relatos reales y honor en general

Hemos señalado en los casos anteriores, que la moda de las obras literarias ha calado en los peruanos. Y así como se relaciona la información y la vida privada, la primera también puede hacerlo con el honor.

f. Difusión de informaciones a través de internet y honor en general

Por el gran alcance de las noticias a través de internet, es muy probable que éstas adquieran ribetes tan grandes que puedan relacionarse con el honor. El impacto social de una información puede acarrear dificultades a las personas, sobre todo, en un derecho tan sensible como es el que nos interesa.

2.2. La evaluación de las situaciones relacionales

Luego de determinar la curva de situaciones posibles, estudiaremos los criterios en los que se deben basar para que el método sea conveniente. Según ya revisamos en el Capítulo Segundo, existen criterios⁴⁴ tanto genéricos (aplicables a

⁴⁴ Estos 'criterios de valoración' deben ser diferenciados de lo que podría llamarse 'reglas de valoración', las cuales no serán materia de este subcapítulo. Por los primeros, entendemos como aquellas pautas que deben ser apreciadas en los casos concretos; los segundos, por el contrario, deben ser aplicables sin ser sopesadas [ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 144].

todos los derechos fundamentales en conexión) como específicos (válidos sólo para cierta clase de situaciones relacionales).

2.2.1. La prohibición de exceso

Todo resultado debe ser legítimo, válido dentro de los cánones de la Constitución. Para ello nos remitiremos a un grupo de criterios como los que nos presentan la prohibición de exceso⁴⁵, tal como lo podemos recordar del Capítulo Segundo.

Si bien este conjunto de criterios se aplica a todos los derechos fundamentales sin excepción, existen ciertas precisiones que se deben hacer respecto a los derechos de comunicación del discurso y respeto propio.

2.2.1.1. El criterio de adecuación

Según este criterio, el resultado de la determinación de contenidos debe basarse en lo que la propia Constitución nos ofrece. Su marco es inquebrantable: debemos llegar a la conclusión que sea más ajustada a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente⁴⁶. Para lograr este cometido debemos basarnos en dos subcriterios: legalidad y fin legítimo.

⁴⁵ Sin embargo, para BONET, este criterio general debe denominarse como 'doctrina del margen de apreciación', según el cual debe recogerse los postulados de los tres criterios previstos por la Corte Interamericana y Tribunal Europeo, que ya revisáramos [El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. pp. 205 y ss.]

Sobre la idoneidad de estos criterios, además, José María MOLINA MATEOS. Seguridad, información y poder. Op. cit. p. 74; Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. pp. 192 y ss.

⁴⁶ En esto coinciden, Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 125; Eduardo ESTRADA ALONSO. El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo. Op. cit. pp. 163 y ss.

Para que se pueda determinar el contenido exacto de los derechos a la expresión e información, de un lado, y al honor y vida privada, de otro, no podemos escapar de lo que las normas nos imponen. A eso nos referimos con legalidad.

Recordemos que existen dos condiciones para establecer si la solución a la que arribemos cumple o no con este requisito⁴⁷: la accesibilidad y la previsibilidad. Con respecto a los derechos de comunicación del discurso se ha señalado, en cierta Jurisprudencia Comparada, que no pueden crearse limitaciones hacia ellas sino mediante leyes, siempre que encuentren fundamento en preceptos y principios constitucionales⁴⁸.

Además, no estaría dentro de la lógica de la protección de los derechos que nos reúne, aceptar que una norma señale que se puede tomar fotografías a un artista en la habitación de un hotel si con eso se demuestra que es prostituta. A esa conclusión, arribaríamos basándonos en un fin legítimo.

Así, legalidad y fin legítimo aparecerán como el contenido del criterio de la adecuación.

2.2.1.2. El criterio de necesidad

Según este criterio, la solución que presentemos debe ser la más óptima dentro de las posibilidades que tengamos. Debe ser la que mejor proteja los derechos de comunicación del discurso y de respeto propio al mismo tiempo.

Para la Jurisprudencia Comparada, por ejemplo, los titulares de la comunicación del discurso “no pueden invocar el derecho a la información para invadir la esfera

⁴⁷ Subdivisión planteada por la Corte Interamericana. Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria, párr. 39.

inalienable de las situaciones y circunstancias que son del exclusivo interés de las personas y sus allegados, pues ese reducto íntimo hace parte de la necesaria privacidad a la que todo individuo y toda unidad familiar tiene derecho”⁴⁹.

Refiriéndose al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos señala que solamente puede restringirse la comunicación del discurso “por una de las razones establecidas en los apartados a) y b) del párrafo 3, y deben justificarse como ‘necesarias’ para ese Estado por una de estas razones (es decir, para la protección de uno de los bienes jurídicos enumerados)”⁵⁰. Sin embargo, para O’Donnell, “el concepto de ‘margen de apreciación’ lleva a una marcada atenuación del concepto de necesidad que figura en el artículo 19(3), así como en las demás ‘cláusulas sobre limitaciones’”⁵¹.

Por otro lado, Schneider, siguiendo los razonamiento del Tribunal Supremo estadounidense, explica que la vida privada “es un derecho fundamental, razón por la cual las leyes que pretendan limitarlo han de contar con una muy sólida justificación. Deben ser necesarias para satisfacer un imperioso interés estatal”⁵².

Este tema se encuentra bastante relacionado con la eficiencia en Derecho. Para encontrarla, decíamos, hemos de recurrir al Óptimo de Pareto. Según éste la eficiencia se logra ‘si alguien mejora y nadie empeora’.

Entonces, cada conclusión a la que arribemos sólo será aceptada como válida si es que permite, de la mejor forma posible, la vigencia de los derechos a la

⁴⁸ Resolución de la Corte Constitucional italiana de febrero de 1965, rec. por Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 136.

⁴⁹ Resolución de la Corte Constitucional colombiana, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-512, de 09 de septiembre de 1992, rec. por Mario MADRID-MALO GARIZÁBAL. Derecho a la intimidad. Op. cit. p. 10.

En algún organismo internacional también se ha señalado que la comunicación del discurso “*xouilgné que la restriction était bien prévue par la loi, qu’elle poursuivait un but légitime (la protection de la réputation d’autrui) et qu’elle ‘était nécessaire dans une société démocratique’*” [Décision de la Commission dans l’affaire X contre R.F.A. du 16 juillet 1982, Requête n° 9235/81, rec. por CONSEIL DE L’EUROPE. *Jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des droits de l’homme sur le probleme du discours incitant a la haine raciale et a la xenophobie*. Op. cit. p. 04].

⁵⁰ Comentario General 10 sobre el artículo 19 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, párr. 4.

⁵¹ Protección internacional de los derechos humanos. Op. cit. p. 252.

⁵² *State interest analysis in Fourteenth amendment ‘privacy’ law*, cit. por Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 92.

expresión, información, honor y vida privada según lo estudiado en los Capítulos Tercero y Cuarto.

2.2.1.3. El criterio de proporcionalidad

Éste es el criterio que más ha sido dejado de lado por la Jurisprudencia y se refiere a un análisis de conveniencia (relación con el objeto perseguido). A través de un discurso no debe vulnerarse derechos como los de respeto propio.

Por dicho motivo, debemos recurrir a un examen del contexto y del caso concreto, lo cual, visto a la luz de la Justicia, permitirá determinar la manera en que se determinan los contenidos de los derechos.

Según la proporcionalidad, “[e]l ataque al honor debe ser contrapesado según su contenido, forma y circunstancias, por el interés concreto defendido por el autor, así como por el interés general a la información”⁵³.

Este estudio habrá de basarse en cinco elementos del discurso:

- contexto, ya sea lingüístico (el texto completo) o extralingüístico (tono, situación);
- modo en que se presenta el discurso;
- lenguaje técnico (si bien puede no ser entendido por toda la gente si lo haría un grupo de personas; lo mismo sucede con jergas o localismos);
- ambigüedades -o doble sentido- (la solución no es tan complicada como suele parecer, ya que no siempre es preciso entender el mensaje de la mejor manera posible, sino en el de la comprensión ordinaria, no en la del ‘mal pensado’⁵⁴);

⁵³ RUDOLPHI. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 197.

- inferencias (a nivel general se entenderá el término traidor, un raciocinio mayor se dará con Judas, y ya uno más localizado y restringido con el vocablo Felipillo).

2.2.2. El desarrollo colectivo

Buscamos en este punto establecer las líneas adecuadas entre lo público y lo privado. En el Capítulo Segundo, expresábamos que la determinación de contenidos requiere de criterios. Éstos podrán ser genéricos, aplicables para todas las situaciones relacionales, como los estudiados en el punto anterior, pero también habrán específicos para casos concretos. Específicamente, para los derechos de respeto propio y de comunicación del discurso usaremos la distinción de lo público y lo privado⁵⁵.

Si bien la mayoría se encuentra convencida en que esta distinción es muy difícil de darse⁵⁶, nos parece interesante el intento para establecerlo. Lo primero que debemos hacer es encauzar nuestro análisis no sobre un concepto típicamente utilizado en Derecho, sino como un criterio propio de la determinación de los

⁵⁴ Justamente, para PAULO, “*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*” (“cuando en las palabras no hay ambigüedad, no debe admitirse una inquisición de la voluntad”) y también, “*ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est*” (“cuando hay ambigüedad en las palabras, vale la significación adecuada al acto”) [Digesto, 40, 9, 12, 1].

⁵⁵ Sin embargo, este enunciado que parece ser universal encuentra cierto escollo en el planteamiento de la Constitución chilena, según el cual debe progerse no sólo la vida privada de la persona y su familia sino también su vida ‘pública’ (artículo 19.4).

⁵⁶ Es muy difícil establecer una línea divisoria entre ambos, ya que aparecen como conceptos jurídicamente indeterminados, tal como ha señalado José Manuel GÓMEZ BENÍTES. La protección penal del derecho a la intimidad. Op. cit. p. 349. Además, para DÍAZ MÜLLER, “hablar de la esfera de ‘lo público’ y lo ‘lo privado’ significa estar en sueños de la razón: el avance de la tecnología en el mundo de hoy dificulta esta labor [Tecnología y derecho a la intimidad: Nuevos desafíos. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie. México, año XXX, n° 90 (set. – dic. 1997). p. 999].

Así, en el caso estadounidense *Rosenblatt c/ Baer*, se señala que en una sociedad mixta lo público se encuentra entremezclado con lo privado, por lo que existiría el mismo interés general en discutir sobre las aptitudes de un funcionario del más alto rango que las de un contratista privado de obras públicas [(383 US 75 (1966), rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 260 y 261].

contenidos de estos derechos. Este criterio no es el mismo que el que aparece en el interés público en el Estado, sino uno muy peculiar para esta cuestión.

Esta singularidad hace que Bonet, explique la dimensión en que debe ser entendida esta dualidad de criterios⁵⁷:

- tiene como naturaleza, una interpretación propia para esta determinación entre honor y vida privada, y expresión e información;
- tiene como objeto, la verificación de la necesidad de la delimitación;
- tiene como finalidad, reflejar las realidades de cada uno de los derechos fundamentales en juego (tal como lo analizáramos en la Parte II);
- tiene como efectos, una interrelación con los criterios genéricos.

Debemos reconocer que el uso de este criterio como la base para la solución de la determinación de contenidos de respeto propio y comunicación del discurso data de bastante años atrás. Es la Constitución de 1867, la que innova respecto a este tema. Para el legislador del siglo XIX, no existirá responsabilidad en los casos de asuntos de interés general. Cuando existe, al contrario, un interés privado (según denomina ‘publicaciones sobre asuntos personales’) existirá responsabilidad. Esta Constitución dada durante el gobierno de Mariano Ignacio Prado, es “la primera que afronta el problema y señala pautas de conducta”⁵⁸, incorporando un derecho aún no desarrollado como la vida privada y la directa relación que tiene con la información.

⁵⁷ El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. pp. 242 y ss.
Para el español, es más conveniente un método específico, cual es el del *interés del público*, el mismo que se sustenta en la verificación de la necesidad: a. análisis del contexto y de las circunstancias de hecho; b. elementos de valoración: trascendencia social del discurso (el ámbito político siempre es relevante; ese alcance social puede surgir de un concreto sector de la opinión pública –no de toda ella– que se esboza como factor de interés para la comunidad); naturaleza y contenido del discurso; sujetos intervinientes (notoriedad pública); medio de comunicación social –o medio en general– empleado; actualidad e interés informativo; y, c. especificidad del interés del público en el caso de la expresión y la información (contenido esencial de ambos) [Ibid. pp. 246 y ss].

⁵⁸ MORALES GODÓ, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 288.

Suele darse primacía a los asuntos públicos y hasta ahora no entendemos por qué. Quizás basándose en que éstos importan un mayor número de personas. Sin embargo, esto es totalmente descabellado dentro de una Constitución como la nuestra, que tanto protege los asuntos particulares -principio de dignidad de la persona- como los públicos -principio de democracia-.

A partir del planteamiento de Meiklejohn, referido a la atención preferente del discurso público, se ha señalado que éste “está en la base de una serie de distinciones [...]: asuntos de interés público (*matters of public interest*) por oposición a los que no la tienen, intimidad (*privacy*), figuras públicas y simples particulares (*public figures, private persons*)”⁵⁹.

Y es tan válido este planteamiento que “la persona en uso de su individualidad puede, dentro del orden público, mantener una zona de penumbra, para la sociedad en la medida que ésta no podrían sondear su estrato íntimo intelectual y por extensión del derecho personal”⁶⁰.

En estricto, los dos criterios que estudiaremos a continuación poseen como característica esencial e imprescindible su acercamiento a una ‘base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de colectividad’.

El interés público así concebido debe ser entendido como una necesidad social imperiosa dentro de una comunidad democrática⁶¹, razón por la cual, para Vargas Llosa, “[l]a opinión pública democrática, es decir, la opinión pública consciente y

⁵⁹ Análisis del proyecto de MEIKLEJOHN realizado por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 28. Sobre la relación democracia y opinión pública, también, Jesús KOHAGURA GAHONA. Sin libertad de expresión no hay democracia. Op. cit. 43.

⁶⁰ ABUSÁBAL VELARDE, José Eduardo. El derecho a la información y el derecho a la intimidad personal. Op. cit. pp. 73 y 74.

⁶¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Las libertades informativas en la Constitución Española de 1978. Op. cit. p. 97.

Por eso, “se hace necesario enfatizar que no resulta suficiente la intervención vigilante del Poder Judicial para amparar en todo momento los derechos de los ciudadanos, siendo también imprescindible la fuerza que ostenta la sociedad misma entendida como la Opinión Pública que se va desarrollando a medida que se ejercita la libertad de expresión [...] que un Estado Democrático y de derecho, sólo podrá asegurar una política sabia y sensata, si hay libertad (como felizmente existe en nuestro país), para discutir, sin restricción de ninguna clase, los asuntos públicos que ciertamente atañen, de una u otra manera a todos los ciudadanos de la República” [Caso César Elejalde Estenssoro c/ Julio Cabrera Moreno, Sentencia del 47° Juzgado Penal de Lima, del 27 de mayo de 1985, cit. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 113].

crítica es la mejor defensa, el mejor obstáculo que tienen los medios de comunicación de una sociedad libre”⁶².

Y es que estos principios no están relacionados con el deseo de la gente que tiene de enterarse de los temas que suceden alrededor suyo o de las personas que le interesan, sino solamente “de aquello parecido a lo que los clásicos llamaban bien común [...], lo que afecta a la vida [...] de los ciudadanos”⁶³. Esto se basa en que “las informaciones, los comentarios sobre la vida privada de las personas, capaces de ofender la reputación, no deberían ser publicadas, a menos que sirvan al interés público, bien distinto a la simple curiosidad”⁶⁴.

Así, el desarrollo colectivo se presentan en una doble materialidad⁶⁵: en un ámbito subjetivo, *ratione personae* (proyección pública) y en uno objetivo, *ratione materiae* (interés del público).

2.2.2.1. El criterio de proyección pública

Un primer criterio para determinar correctamente los contenidos de los derechos de respeto propio y de comunicación del discurso, ha sido analizar ante qué tipo de personas nos encontramos. En este tema no debe medirse las circunstancias en que se desarrolla toda la vida de las personas públicas sino solamente las que interesen al público.

⁶² Una batalla cultural. Op. cit. p. 45.

⁶³ GARCÍA SAN MIGUEL. Estudios sobre el derecho a la intimidad, cit. por Jesús P. RODRÍGUEZ. El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental. Op. cit. p. 391.
Es, como lo señala SALVADOR CODERCH, la base para el ‘desarrollo democrático de los pueblos’ [El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 272 y ss.].

⁶⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Roma, del 11 de febrero de 1991, rec. por Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 172.

⁶⁵ Asumen estos criterios –aunque ordenándolos en una diversidad de formas–, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. Las libertades informativas en la Constitución Española de 1978. Op. cit. p. 112; Gregorio BADENI. La libertad de expresión. Op. cit. p. 154; María Luisa BALAGUER CALLEJÓN. Op. cit. p. 167 y ss.; Francisco EGUIGUREN PRAELI. La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. p. 62; Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. pp. 102 y ss.; José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 665; Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el

Además, en este punto algunos muestran la preocupación por proteger el honor y la vida privada de las personas si y sólo si estas personas merecen amparo constitucional. Si no se merecen esta salvaguardia no tendrán estos derechos. Una propuesta como ésta vulnera claramente los principios constitucionales y los conceptos vertidos respecto al respeto propio.

En la doctrina se ha intentado crear una calidad de personas denominada *'libel-proof plaintiff'* -o demandante a prueba de libelos-⁶⁶. Ésta se encuentra relacionada con los casos de personas que tuvieron un honor incapaz de ser empeorado⁶⁷.

Nosotros discrepamos con la existencia de una persona de este tipo, puesto que aceptaríamos que existen seres humanos sin capacidad de aparecer ante la sociedad en situación de semejanza⁶⁸, lo cual contravendría los principios básicos de una sociedad civilizada, en la que se participen los derechos humanos y fundamentales.

El verdadero sentido de este criterio se presenta cuando estamos frente a una persona con proyección pública: la protección respecto al respeto propio debería reducir sus límites⁶⁹ puesto que existe una mayor preocupación del público en saber sobre ella o conocer lo que se opina sobre ella. Respecto a ella, debe

honor. Op. cit. pp. 49 y ss. En el mismo sentido, precedente norteamericano Philadelphia Newspaper Inc. c/ Hepps (1986), rec. por Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 92.

⁶⁶ Surge referido a decisiones respecto a James Earl Ray, asesino de Luther Martin King y cuya reputación se consideró que estaba tan dañada que estaba a prueba de libelos [caso trabajado por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 230].

Para la conductora de un programa sobre la farándula, como es Magaly Medina, "todo el mundo tilda a los artistas de víctimas y a quienes hacemos esto de victimarios, y no es así porque el periodismo de espectáculo funciona así en todo el mundo, yo no lo he inventado, y todo el mundo sabe que cuando tienes una vida pública pierdes tu vida privada, y es así. Yo no lo escribí" [Entrevista realizada por María Luisa Del Río. En: Diario El Comercio. Suplemento Somos. Lima, 21 de febrero de 1998].

⁶⁷ Parece seguir el aforismo romano según el cual *'nemo id ius, quod non habet, amittere potest'* ('nadie puede perder el derecho que no tiene').

⁶⁸ Para COSENTINO SOLER, las personas por más deshonestas que sean siempre poseen honor [Delitos contra el honor. Op. cit. p. 03]. Entonces, si bien la protección será cuantitativamente menor, ésta nunca desaparecerá: María Luisa BALAGUER CALLEJÓN. El derecho fundamental al honor. Op. cit. p. 186; Eduardo NOVOA MONREAL. El derecho a la vida privada y la libertad de información. Op. cit. p. 206.

revisarse quién es el que presenta el discurso y a través de qué medio se hace, así como el contexto presentado. No estamos creando, de esta forma, un modo de desigualdad -de personas que son públicas respecto a las que no lo son-, sino simplemente reconociendo una diferenciación.

Para Villanueva, “[p]ersona pública es toda persona física que, por ocupar un cargo público -sea electivo o por designación- o desempeñar funciones socialmente relevantes, posee una consideración especial en la percepción de la sociedad, circunstancia que motiva que su actuación se encuentre sujeta al escrutinio de los medios de información”⁷⁰. Así, un político “se expone inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante”⁷¹. En general, para muchos los derechos de respeto propio de estas personas quedan debilitados “frente a la crítica, informaciones y expresiones, en aras del interés general”⁷². Pero en todo caso, según nuestro propios constituyentes, estas personas, siempre sigue teniendo una vida privada y honor⁷³.

Y si a alguien del mundo político le incomoda esta realidad, debe escuchar una frase de Harry Truman, quien sugería que “quien no soporte el calor, que se salga de la cocina”⁷⁴. Además parece ser que algunas personas del ambiente de la farándula se deleitan siendo el centro de atención. En fin, éste es el ‘precio de la fama’.

Debemos señalar que de ningún modo ha de desaparecer el derecho de las personas públicas. En una Jurisprudencia Nacional, el juzgador ha señalado que

⁶⁹ Esta reducción del contenido del derecho, sólo deben ceñirse a los ámbitos de la vida de estas personas que son de controversia pública (Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense *Time Inc. c/ Firestone*, 424 US 448 (1976), rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 33).

⁷⁰ VILLANUEVA, Ernesto. ¿Qué debe prevalecer? <http://www.planet.com.mx/media/edición29/informat.htm>; en sentido similar, Elvira LÓPEZ DÍAZ. El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Op. cit. p. 67; José Eduardo PRAELI PÉREZ. El derecho a la intimidad personal y familiar. Op. cit. pp. 22 y 23.

⁷¹ Esa ha sido la posición de la Corte Europea en el caso *Lingens*, rec. por Jordi BONET. El derecho a la información. Op. cit. p. 236; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 275; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 111.

⁷² O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 68.

⁷³ Intervención de Carlos FERRERO COSTA, siguiendo a Fernando OLIVERA en la Quinta Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Lima, 25 de enero de 1993. www.congreso.gob.pe.

⁷⁴ Cit. por Héctor FAÚNDEZ LEDESMA. La libertad de expresión. Op. cit. p. 277.

de ninguna manera se debe dejar de proteger de las personas afectadas con un reportaje del semanario, inclusive si éstas son personas públicas⁷⁵.

Pero, ¿por qué brindarle mayor protección las personas sin proyección pública frente a los que sí la tienen? Para responder a esta interrogante partiremos del Análisis Económico del Derecho, y dos aspectos fundamentales: la importancia de sus actividades y su posibilidad de respuesta ante un ataque desmedido (el acceso que tiene a los medios de comunicación social es mucho mayor que el que de los particulares).

Posner, a partir de la fórmula $[V+E] < [(P \cdot L) / (1+i)^d]$ ⁷⁶, la cual será explicada detenidamente *infra*, expresa que las diferencias entre las personas privadas y las públicas se basan en su correspondencia con la facilidad de regulación y protección⁷⁷. Por su lado, con respecto a la persona con proyección pública la defensa de su respeto propio debe ser menor que de la privada puesto que V es alto (ya que el tema es realmente importante para la sociedad) y P, bajo (la posibilidad de respuesta es mucho mayor⁷⁸). Entonces, en este punto conviene analizar la asunción del riesgo (*assumption of risk*) por parte de las personas con proyección pública. Y esto debe realizarse de dos maneras: si se ha consentido la acción del destinatario del derecho, y si se va en busca (y al final lo encuentra) de un destinatario negligente. En el caso de la persona sin proyección pública, su tutela debe ser bastante fuerte, puesto que E no es lo suficientemente grande, P es elevada (puesto que está referida a una persona en particular, y casi nunca la

⁷⁵ Caso Genaro Delgado Parker y otros c/ Ramón Ramírez Erazo y Wilfredo Ramírez Romero, Sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Acción de Amparo, rec. por Juan MORALES GODÓ. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. pp. 170 y ss.

Por eso, también se ha señalado que quienes poseen una ocupación pública “no pueden estar exentos de crítica y comentarios a veces acerbos” [Caso César Elejalde Estenssoro c/ Augusto Zimmermann Zavala, Corte Suprema del Perú, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 112].

⁷⁶ Donde: V es el valor de la pérdida social derivada de la restricción o proscripción de un discurso; E, el valor del error legal –o judicial– del discurso que se puede cometer cuando no se tiene éxito en distinguir el discurso no valioso; P, probabilidad a suprimirse cause daño; L, coste social total del daño; i, un tipo de interés que se descuenta en términos actuales una unidad monetaria de daño producido por el autor; y, n, número de unidades temporales que median entre el discurso y el daño.

⁷⁷ Cit. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 55

⁷⁸ Además en el caso *Castells c/ España*, de 1992, se ha reconocido la mayor posibilidad de defensa del político puesto que “tiene a su disposición otros medios para replicar los ataques injustificados y críticas de sus adversarios o de los medios” [Sentencia rec. por Juan Antonio TRAVIESO. La libertad de expresión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 890].

persona afectada es parte del auditorio directo, no pudiendo impedir o conocer previamente la publicación) y L es alto (por ser real y tangible).

Como consecuencia, esta configuración del derecho hace que “las personas públicas [reclamen] siempre el respeto a cierta esfera de privacidad e incluso inviertan importantes recursos en establecer sistemas que la protejan (guardaespaldas, casas con medidas especiales, cuartos más seguros en los hoteles, vehículos especiales, etc.), lo que demuestra que asignan a dicho espacio privado un valor económico que se refleja en parte en los recursos invertidos para preservarlo incluso más allá de las medidas (legales)”⁷⁹.

Se ha coincidido en señalar tres clases de personas con proyección pública: aquellas cuya presencia social es gravitante, aquellas que poseen popularidad pero que no tiene influencia fundamental en la sociedad y los que realizan funciones públicas pero no tienen notoriedad.

Como conclusión son los tres los casos de personas con proyección pública que poseen poder de influencia *for all purposes* en la sociedad⁸⁰:

(a) Personas cuya presencia social es gravitante

Son personas que determinan la trayectoria de una sociedad; participan en la vida política, económica y social del país, aun cuando no tengan un cargo en el gobierno⁸¹. Entre ellos están los políticos, pensadores, empresarios. En este grupo,

⁷⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. No se lo digas a nadie. Op. cit. p. 172 (a pie de página, el nacional agrega que “si la protección legal dada por el sistema jurídico a la privacidad fuera realmente efectiva, entonces los privados famosos no deberían invertir tanto recursos en protegerla. Sin embargo, es un bien en que los costos del sistema de ‘enforcement’ son elevados precisamente por el nivel de interacción que se da entre los seres humanos que hace la construcción de ‘paredes permanentes’ una actividad difícil de cumplir”).

⁸⁰ Así, Juan MORALES GODÓ. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op.cit. p. 164, seguido en Los personajes públicos y el derecho a la intimidad. Op. cit. p. 06.

No consideramos dentro de este grupo a personas que por algún hecho inusitado, adquieren ‘notoriedad circunstancial’, puesto que su relevancia surge a partir de un hecho y no por su calidad de personas públicas, tal como lo proponen Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 91; Juan MORALES GODÓ. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 164; además, caso Rosenbloom c/ Metromedia (403 US 29 1971), rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 32.

Pese a esta aseveración, en el caso Dun and Brastret Inc. c/ Greenmoss Builders Inc., 472 US 749 (1985) se utiliza la regla del *matters of public concern*, según la cual algunas materias relativas a servidores públicos pueden considerarse privadas, y algunas figuras son sólo públicas de manera limitada o ‘sectorialmente’ [rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 266 y ss.].

⁸¹ Es lo conocido como *public figure*, analizado por la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense Roseblat c/ U. Baer, 383 US 75 (1996), rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 31.

nos aventuramos a decir que pueden incluirse a instituciones de importancia nacional.

Un detalle sobre las personas públicas: no sólo pueden ser consideradas como tales aquellos que trabajan en una entidad pública, sino quienes realizan una actividad de este tipo. Así, es tan público el alcalde de una comunidad con 20000 habitantes como el presidente de una compañía del que viven 20000 familias (aun cuando el dinero que manejen tengan diferentes orígenes).

Por eso se dice que “al publicarse en un diario datos acerca de la vida de un personaje notorio, el destinatario intencional será un receptor de informaciones, premunido de propósitos de satisfacción inmediata; paralelamente existe otro receptor, el mismo cuya vida privada ha sido objeto de comentario”⁸², y justamente a este último a veces puede no gustarle lo que se dice de él. En este sentido, el juez norteamericano Jackson, en 1945, expresó que “[e]sta libertad no fue protegida porque los padres fundadores (de la Constitución) esperaran para su uso habría de ser agradable a los investidos de autoridad o que su ejercicio siempre sería sabio, moderado o útil para la sociedad. Como yo entiendo sus intenciones, esta libertad fue protegida porque ellos no conocían otro medio por el cual los hombres libres pudieran realizar la democracia representativa”⁸³. A esto agregaríamos: Nosotros tampoco.

(b) Personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad

Su actividad implica la presencia de multitudes y su vida es constantemente motivo de curiosidad por parte de los particulares.

Entre estos se encuentran los artistas y deportistas. A veces, y con razón, se ha señalado que en muchas oportunidades ellos mismos buscan la publicidad. En estos casos dan su consentimiento para la afectación de un derecho fundamental.

⁸² ABUSÁBAL VELARDE, José Eduardo. El derecho a la información y el derecho a la intimidad personal. Op. cit. p. 09.

⁸³ Cit. por Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 79.

En un caso de Jurisprudencia Comparada, se publicó en un semanario diversos artículos titulados 'Mi vida' como si la propia artista, protagonista de estas historias, los hubiesen escrito, lo cual era falso. Por ello, la Corte señaló "que las vedettes están protegidas por los mismos principios (generales), y no corresponde hacer una excepción en lo que a ellas concierne, bajo el pretexto espacioso de que ellas buscan una publicidad indispensable a su celebridad"⁸⁴.

(c) Personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad

Sus actividades repercuten en la sociedad, pero no la promueven. Éste es el caso de los funcionarios⁸⁵ y no el de los servidores públicos⁸⁶.

Para la Jurisprudencia Comparada, el término 'funcionario público' puede ser entendido de manera abierta, es decir, incluyendo en él a toda persona que ocupa

⁸⁴ Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de París, en la cual se afecta la vida privada de la artista Marlene Dietrich [rec. por Eduardo NOVOA MONREAL. El derecho a la vida privada y la libertad de información. Op. cit. p. 207; Jorge A. CARRANZA. Los medios masivos de comunicación y el derecho privado. Op. cit. p. 53].

⁸⁵ Funcionario público es aquél que ejerce la dirección en la administración pública, el que que dispone, muchas veces, de los fondos públicos, o decide sobre diversas cuestiones de interés general. Está al servicio de la nación (Constitución, artículo 39) y supedita su actividad a un interés estatal.

Aunque no explícitamente, la Constitución efectúa un listado acerca de las personas que pueden ser funcionarios públicos. En ella podemos encontrar que se hace una sistematización de los mismos: los elegidos directamente por el pueblo, mediante votación popular y los designados según mandato expreso de la Constitución; y, los funcionarios no electos, ya sea de carrera o aquellos que ingresan con un cargo político (artículo 39). Lo expuesto por la Constitución puede verse clarificado y complementado por lo expresado en la Ley de Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (Decreto Legislativo 276) y su reglamento (Decreto Supremo 005-90-PCM). Lo principal de estas normas es que en su artículo 9, se hace un distingo de las distintas personas que ostentan la función pública en el país: son funcionarios, los elegidos o designados conforme a Constitución, y los de carrera o no (contratados temporalmente).

Además de estas consideraciones, es importante rescatar lo que señala el Código Penal al dedicarse a este tema, en relación con los delitos cometidos contra la función pública. Si bien no realiza una diferenciación entre funcionario y servidor público, se reconoce particularmente la función pública desempeñada por los magistrados, los auxiliares jurisdiccionales, árbitros, fiscales, peritos, miembros de cualquier tribunal administrativo o cualquier cargo análogo (Código Penal, artículos 395 y 398).

Lo que nos presenta nuestro Ordenamiento, se ve complementado por la Convención Interamericana contra la Corrupción. Así, en su artículo 1, nos dice que son funcionarios del Estado o de sus entidades, los designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. El carácter temporal del ejercicio de una función o servicio a nombre del Estado no tiene relevancia.

Es importante señalar que existen casos específicos en que se niega la posibilidad de que se realice la función pública. La Constitución, en su artículo 40, expresa que los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta no son parte de la Administración. Además el artículo 2 de la Ley de Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público complementa ello manifestando que los miembros de las Fuerzas Armadas tampoco son parte de ella.

⁸⁶ Sin embargo, según el artículo 35 de la Constitución de Guatemala, "[n]o constituyen delito o falta las publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos. Los funcionarios y empleados públicos podrán exigir que un tribunal de honor, integrado en la forma que determine la ley, declare que la publicación que los afecta se basa en hechos inexactos o que los cargos que se les hacen son infundados. El fallo que reivindique al ofendido, deberá publicarse en el mismo medio de comunicación social donde apareció la imputación".

Por nuestra parte, consideramos que sus actos son parte del criterio del interés del público y no de la proyección pública: si los trabajadores despedidos de la Municipalidad L realizan una protesta frente al local edil y tratan de enfrentarse al alcalde, el hecho sí es de importancia para el público, pero no por los propios servidores públicos sino más bien por la trascendencia de la noticia.

un puesto público en los gobiernos o la Administración⁸⁷, a diferencia de lo que se debe considerar en el caso peruano.

Sobre estas personas, nuestra Jurisprudencia ha señalado que “cuando un funcionario público es cuestionado como tal en su desempeño de su cargo, debe dar explicaciones a la sociedad respecto de cualquier acto que suponga duda en su conducta funcional, ya que el cargo o rango que le confía la Nación, lleva anexa esa obligación”⁸⁸.

Es tanta la importancia de este criterio que en algunas oportunidades se ha llegado a proponer como el principal argumento para tratar la situación relacional entre los derechos, sobre todo entre expresión y honor, excluyéndose el interés del público y los de prohibición de exceso.

Éste es el caso de la doctrina de la *real and actual malice*, la misma que basándose en la actividad de las personas se exigirá dolo y no sólo culpa al titular de la comunicación del discurso.

Esta doctrina norteamericana considera que los *public official and public figures*, al tener mayor posibilidad de respuesta, *self-help*, requerirán protección frente a actos realizados con dolo o negligencia grave: un funcionario público no podría accionar por daños causados por una difamación falsa *relating to this official conduct*, relativa a su comportamiento oficial, a menos que se pruebe con *convincing clarity*, claridad convincente, que el enunciado se hizo con malicia real, es decir, *with knowlegde that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not*, con conocimiento de que era falso o con indiferente desconsideración de si era o no falso⁸⁹. Además se invierte la carga de la prueba

⁸⁷ New York Times c/ Sullivan, cit. por Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BISCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 68.

⁸⁸ Caso Enrique Palacios Reyes c/ Enrique Zileri Gibson, Expediente 2048-84/Procede de Lima, Corte Suprema, Sentencia del 22 de octubre de 1985, rec. por Felipe VILLAVICENCIO. Código Penal. Op. cit. p. 330; José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 111.

⁸⁹ Precedente estadounidense del New York Times c/ Sullivan (376 US 254, 1964), rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 30; Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op.

siendo el afectado quien deba probar la malicia del discurso, desconociéndose así que *actori incumbit onus probandi*. En el caso de los privados, la responsabilidad será por *negligence*⁹⁰.

El punto de vista presentado nos parece harto restrictivo para el caso nacional, debido a que la verdadera razón para que importe el dolo y la negligencia es para considerar la acción como relevante en el ámbito penal, civil o constitucional. Desde nuestro punto de vista, la existencia de personas con mayor proyección pública que otras sólo hace que los actos se encuentren protegidos a través de uno u otro derecho: mientras más pública es la persona mayor cantidad de su actividad podrá ser informada u opinada; en caso contrario, existirá mayor protección por parte del honor o vida privada.

Ya analizado este primer criterio, y observándolo en su real dimensión, pasemos ahora a analizar lo que denominamos interés del público.

2.2.2.2. El criterio de interés del público

Según este criterio, la verdadera razón para determinar correctamente el contenido de los derechos de respeto propio y de comunicación del discurso es la relación o no con la formación de la opinión pública. El interés público⁹¹ se relacionará con todo asunto que tenga a aquél como base de éste.

cit. p. 320; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 255; Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARO. responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 69; repetido en Curtis Publishing Co. c/ Butts, 388 US 130 (1967) y Associated Press c/ Walker.

Además seguido en otra Jurisprudencia Comparada, como la española (Sentencia del tribunal constitucional 6/1988, de 21 de enero, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 82 y ss.) y la alemana (casos Lüth y Der Spiegel, rec. por Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 320).

⁹⁰ Caso Gertz c/ Robert Welch Inc., 418 US 323 (1974), rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 264.

⁹¹ Interés del público e interés público vienen a ser lo mismo: "all issues about which information is needed or appropriate to enable the members of society to cope with the exigencies of their period" [Caso Rosenbloom v, Metromedia, 403 US 29 (1971), rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. Op. cit. pp. 261 y 262].

Es más, en el Derecho Comparado aparece el interés público claramente relacionado con los derechos de comunicación del discurso. Así, se reconoce a los medios de comunicación social una función de este tipo: Constituciones de Paraguay, artículo 27, Guatemala, artículo 35,

Las críticas siempre han rondado a este criterio. A veces se ha propuesto que la formación de la opinión pública es simplemente un tema de interés gubernamental⁹² o de interés general⁹³ (regresándose al punto inicial, y cayendo en un círculo vicioso), en el que la mera inclusión de una noticia en un medio de comunicación social determina por sí sola su establecimiento⁹⁴. Además, debemos tomar en cuenta que el establecimiento final del criterio es decidida por el juzgador, quien al tener amplias facultades puede definir el concepto desproporcionadamente, desguareciéndose la opinión pública distinta a la adecuada⁹⁵, y siendo la desviación de la solución más que evidente.

Pese a estas apreciaciones iniciales, se puede concluir que este criterio es el idóneo para la situación relacional entre comunicación del discurso y respeto propio. Con respecto al norte de la opinión pública no puede ser tan impreciso como para considerarlo simplemente como interés general ni gubernamental, sino que debemos encontrar una pauta, tal como lo veremos *infra*, que nos ayude a encontrar el sentido correcto del término. Con respecto a la actuación del juez que puede ser considerada como incorrecta, éste es una crítica que se le hace a toda la Teoría de los Derechos Fundamentales, en especial a la institucional, sin embargo, creemos que el juzgador debe usar todos los criterios presentados y dentro de este marco usar el interés del público, motivo por el cual se verá altamente disminuida la posibilidad de sobrepasarse en su actividad. Además, gracias a este criterio, no se puede argüir como válida una intromisión en el ámbito privado de las personas,

Nicaragua, artículo 68 (los medios de comunicación social están al servicio de los intereses nacionales; aparecen como derechos sociales) y Cuba, artículo 53.

⁹² Según el Tribunal Supremo estadounidense, “*general regulatory statutes, no intended to control speech but incidentally limiting its unfettered exercise, have not been regarded as the type of law the First Amendment forbade Congress of the State to pass, when they have been found justified by subordinating valid governmental interests, a prerequisite to constitutionality which has necessarily involved a weighing of the governmental interest involved*” (Caso *Konigsberg c/ State Bar of California*)

⁹³ Según la Jurisprudencia Nacional, “si la noticia que se cuestiona penalmente contiene un hecho cierto, que es necesario que sea conocido por la opinión pública, se descarta ánimo de injuriar o intención de difamar [Expediente 2048-84/Procede de Lima, Sentencia de la Corte Suprema, rec. por Felipe VILLAVICENCIO. Código Penal. Op. cit. p. 330].

Sin embargo, para algunos “[h]oy nos ubicamos en un momento distinto de vinculación entre lo público y lo privado y se ha producido una evidente evolución en el sentido de valorar más la individualidad de la persona y cuidar la sensibilidad de cada cual” [MANARELLI. María Emma. Relaciones interpersonales en el ámbito de la familia y la vida cotidiana. En: Cuestión de Estado. Tema: Lo íntimo y lo público. ¿Cómo nos tratamos los peruanos? Lima, n° 22 (mar. 1998). p. 07].

⁹⁴ Caso *Soraya Interview*, Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, del 14 de marzo de 1973, BVerfGE 34, 264 y ss., rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 36 (se presentó en un periódico una ‘entrevista exclusiva’ con la ex-emperatriz de Persia y anterior mujer del Sha, hecho totalmente ficticio, pues la entrevista nunca se había llevado a cabo). Por eso, el hispano concluye que “la mera inclusión de una noticia en un medio de información no determina por sí sola su interés para la formación de la opinión pública”.

⁹⁵ SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 76 y 77 (“mas si el interés general o público se considera algo distinto al interés de la generalidad de las gentes, al interés del público, entonces resulta que se tutela la opinión pública al margen de lo que ésta efectivamente opine, incluso en contra de sus intereses”).

ya que, tal como sostiene Scheuner, al medio de comunicación social “sólo le corresponde protección en el tratamiento de cuestiones que afecten lo público. Pero la prensa pierde la protección jurídicamente reforzada de su función política cuando injustificadamente penetra en la esfera puramente privada para exponer, sin interés público, la vida privada de las personas o a una discusión que dañe su honor”⁹⁶.

Entonces, hemos trasladado el problema a determinar no cuándo nos encontramos frente a un asunto de interés del público, sino cuándo ante la integración de la opinión pública. Entonces, para hallarla se han propuesto dos caminos: relacionando el asunto con la formación de las ideas de gobierno o conectando el asunto con los intereses y preocupaciones colectivas.

Se puede definir a la opinión pública de manera simplista como la suma de las opiniones individuales que versan sobre una realidad y que responden a un sentimiento colectivo⁹⁷, constituyéndose, de esta forma, en la ‘voz de Dios’⁹⁸. Pero, justamente para consolidar un concepto válido de opinión pública, se han realizado estas dos propuestas⁹⁹:

(a) Concepción normativa

Lo que se busca es proteger aquel discurso cuya importancia derive en una real y efectiva participación de los ciudadanos en la vida colectiva. A esto se le ha llegado a denominar materias normativamente relevantes para el proceso democrático de autogobierno¹⁰⁰.

⁹⁶ SCHEUNER. *Pressfreiheit*, cit. por Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 107.

⁹⁷ BASTIDAS ROMERO, Óscar. Legislación penal del Estatuto de Libertad de Prensa. Op. cit. p. 06.

Así, la opinión pública aparecerá como la suma de puntos de vista que existen y se exteriorizan en una sociedad sobre cualquier tema.

⁹⁸ ‘*Vox populi, vox Dei*’.

⁹⁹ SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 89 y 90.

¹⁰⁰ En este mismo sentido la Jurisprudencia Comparada: Corte Europea, Caso Thorgeir Thorgeison c/ Islandia (1992), rec. por Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 237 (se condenó a un escritor que en varios artículos criticó actuaciones crueles de la policía de su país, aunque la Corte se percató que estas acusaciones se referían a una minoría de funcionarios y no hacia la institución y que lo que se buscaba con ello era la creación de un órgano independiente de investigación).

Sin embargo, en el actual sistema de gobierno, quienes determinan qué es público y qué no lo es, son los propios gobernados. De esa manera, se identificaría solamente un núcleo claro de discurso explicable, cual es el político.

(b) Concepción descriptiva

Es el discurso que interesa a una parte del público o a todo él. Coincide con la del mercado puesto que critica la evasión de costes intolerables a terceros y formación de monopolios. Por ello se ha expresado que el criterio del interés del público centra su análisis en la trascendencia social del discurso y no tanto el contenido de éste¹⁰¹. De esta manera se ha de restringir aún más la actividad del juzgador: el estudio no se realizará tomando en cuenta la reacción de toda la sociedad sino de un concreto grupo de personas¹⁰². Esto debe ser considerado como un verdadero ‘interés del público’.

Para Bonet, de esta forma, el discurso se ha convertido en un bien de la opinión pública, y, ésta aparecerá como una institución¹⁰³. Además, según propone Pérez Luño, el verdadero criterio para determinar correctamente los contenidos de los derechos en juego es la ‘solidaridad’, entendida ésta en un doble sentido¹⁰⁴: de forma ético-política, como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes y necesidad ajenas, y, de forma jurídica, como un compromiso de los poderes públicos de hacer efectiva la igualdad material.

Sin embargo, la función formadora de la opinión pública -que debería cumplirse a través del ejercicio de los derechos de comunicación del discurso- ha tenido

¹⁰¹ Caso *Barthold c/ República Federal Alemana*, Corte Europea (1985), rec. por Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. pp. 234 y ss.

¹⁰² Para ESPÁ GARCÉS-ALVEAR, esto es lo que se denominaría grupos primarios de la opinión pública, entre los que se encuentran los compañeros de trabajo, la familia o una organización pequeña, a diferencia de lo que se concibe como grupos secundarios, entre los que encontramos a entidades de contacto impersonal, como partidos o categorías sociales [La libertad de expresión en la Constitución de 1979 y en el ‘Nuevo Orden Mundial de la Información y Comunicación’. Op. cit. t. I, p. 32].

Así, según ULIBARRI, los comunicadores sociales deben percatarse que “lo peor que puede hacer un periodista está encerrarse en una torre de arrogancia y autosuficiencia y distanciarse de los lectores, radioescuchas o televidentes. Hay que palpar junto a ellos, entender sus reacciones, conocer sus preocupaciones, buscar respuestas a sus dudas. Hay que saber que, para lograrlo plenamente, no basta hablar con amigos, vecinos o conocidos. Debemos ir más allá y sistematizar nuestro contacto con el público mediante procedimientos como encuestas o sesiones de grupos” [La información como derecho individual y colectivo. Op. cit. p. 53].

¹⁰³ El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 187.

¹⁰⁴ Dilemas actuales de la protección de la intimidad. Op. cit. p. 32.

algunos problemas. Esto quizás a que si bien la comunicación es un fenómeno de masas, existe una propensión a la individualización del proceso informativo.

Esta tendencia debe ser estudiada desde dos puntos de vista distintos, pero complementarios¹⁰⁵:

(a) Perspectiva socio-política

Si bien el alcance del mensaje emitido por parte de los medios de comunicación social es bastante amplio, la comprensión de éste es individual. Cada uno da una opinión personal, tomando en cuenta los elementos que nos brindan los medios - ya sea través de informaciones o las opiniones de los expertos del tema-; para ello se interpreta el mensaje en función de creencias personales, cultura y posibilidades de la persona.

Además, la probabilidad que nos brinda el artículo 2.5 de la Constitución, permite que tengamos acceso a informaciones sin acudir a los canales de comunicación clásicos. Uno mismo puede coadyuvar la formación de su propia opinión.

(b) Perspectiva técnica

Creemos que la tecnología actual permite una mayor individualización de la información. En este sentido es preciso referirnos a la posibilidad de acceso a elementos en que uno elige la opción que más le conviene. El flujo de informaciones e ideas sobre innumerables materias es mayor a cualquiera de los clásicos medios de comunicación social.

Entonces, lo que debemos entender por interés no puede ser coincidente con el sentido que se maneja en algunas partes del Ordenamiento¹⁰⁶, sino como algo

¹⁰⁵ BONET, Jordi. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. pp. 54 y ss.

¹⁰⁶ Se refieren al interés público, entre otros, artículos 60 de la Constitución, según el cual "el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional", 134 del Código Civil, 2.2 del Código Procesal Penal, 21 de la Ley Forestal y de la Fauna Silvestre, el Decreto Supremo n° 009-92-ICTI, de 27 de febrero de 1992 (se declara de interés público y de necesidad nacional el desarrollo del Turismo Ecológico) y 141 del Código de Tránsito y Seguridad Vial.

propio de estos derechos¹⁰⁷. El término que nos interesa está íntimamente relacionado con el interés ‘del’ público y con la justificación en los límites externos.

Un error que suele existir respecto a la diferencia entre lo público y lo privado es que se considera a ambas esferas como opuestas. La verdad es que lo público es una garantía de respeto a lo privado tomando en cuenta el rol del Estado, y no debemos olvidar que muchas veces la sociedad también se preocupa del respeto a los particulares o de evitar la invasión en su ámbito, tomando en cuenta que ella es la suma de éstos¹⁰⁸.

Si bien el criterio es aplicado para las tres relaciones entre los derechos estudiados (expresión y honor, información y vida privada e información y honor), es evidente que por el carácter de corporeidad de la vida privada adquiera en ésta características más específicas de presentación y análisis.

Por ello, se ha llegado a examinar este criterio objetivo respecto a la vida privada en tres supuestos distintos:

(a) Comunicaciones interpersonales

¹⁰⁷ Para muestra un botón: Según la Corte Costituzionale italiana, el ‘interés general a la comunicación’ incluiría dos aspectos: pluralidad de fuentes y acceso libre a ellas [rec. por Francisco FÉRNANDEZ SEGADO. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 93].

Es importante cómo se refiere a este criterio un periodista: “Siempre supe que a la hora de tomar una decisión las dos preguntas que debía responder eran: ‘¿Es verdad o es mentira?’. Si es verdad, hay que publicarla. Y la otra, tan importante como la anterior: ‘¿Tiene relevancia para el público?’. Si no la tiene, si es fehacientemente un hecho secundario y marginal, entonces la publicación resulta innecesaria. Ejemplo: si Kenji tiene un telescopio, el hecho es irrelevante y secundario. Pero si el telescopio de Kenji fue decisivo para salvar a los rehenes, pues hay que publicarlo y en primera plana, o en la revista dominical de cada diario si es posible” [HILDEBRANT PÉREZ TREVIÑO, César. Solo cabe el parto grandioso de la unidad. Op. cit. p. 03].

¹⁰⁸ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. El derecho fundamental al honor. Op. cit. p. 172.

Las comunicaciones están protegidas a nivel constitucional, y dentro de ellas se amparan a los documentos¹⁰⁹.

En un caso de Jurisprudencia Comparada, una persona gracias a las grabaciones magnetofónicas y las cartas recibidas de un famoso novelista escribió una obra, la misma que contenían citas exactas de las comunicaciones con su amigo. Frente a ello, la esposa del novelista presentó una demanda por daños y perjuicios, la misma que fue negada puesto que la afectada era una figura pública y ella no se encontraba protegida por las normas del Estado¹¹⁰. Eso quizás se hubiese resuelto de otra forma en el Perú.

(b) Lugares

Según la doctrina actual, “un lugar considerado como público, como pudiera ser un local comercial, donde entran y salen las personas, para ciertos efectos pudiera ser considerado como privado y en consecuencia, susceptible de incurrirse en atentado contra la vida privada”¹¹¹.

Un buen ejemplo de lo que se ha afirmado lo encontramos en un precedente de la Jurisprudencia Comparada. Cuando una joven se encontraba en un parque de diversiones se levantó su vestido y fue fotografiada. Para el juzgador existió una afectación a la vida privada de la mujer puesto que “aún en lugares públicos hay ciertas cosas que aunque estén a la vista siguen siendo privadas”¹¹².

(c) Acontecimientos

A veces existen hechos que se refieren a zonas o personas que si bien normalmente no se encuentran en el interés de la población, acaparan por un suceso extraordinario la atención general. Se vuelven el centro de la noticia.

¹⁰⁹ Con respecto a este tema, se ha pronunciado la Constitución de Filipinas en su sección 7 (la información tiene mayor relevancia en problemas de interés público a través del acceso a documentos oficiales y a documentos y papeles que pertenecer a actos oficiales, transacciones, decisiones, salvo limitaciones).

¹¹⁰ Sentencia de la Corte del Estado de New York en el caso Hemingway c/ Randon House, en el que A. Hotchner escribiera Papá Hemingway, relatando las historias del famoso novelista.

¹¹¹ MORALES GODO, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. pp. 179 y 180; además, Eduardo NOVOA MONREAL. El derecho a la vida privada y la libertad de información. Op. cit. p. 203, Carlos Eduardo MUENTE JIMENEZ. El derecho a la vida privada y las acciones de garantía. Op. cit. punto 15.

¹¹² Caso estadounidense Daily Times Democrat c/ Graham, rec. por Juan MORALES GODO. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 180.

Éste puede ser el caso de un incendio o un atentado terrorista, los cuales deben diferenciarse de los otros casos en los que también puede existir un interés general, como sucede en la violación de un niño, en la cual los medios de comunicación social pueden informar sobre el hecho pero respetando la identidad del afectado.

Algunas cuestiones finales sobre este criterio de interés público. Primero, si la materia tratada es de interés público (*matter subject of public or general interest*), no deja de serlo si en ella está involucrada una persona particular, tal como ya lo explicáramos. Además, no debe confundirse este interés del público con la mera curiosidad¹¹³. En tercer lugar, el tema a ser considerado como de interés público debe ser de actualidad, puesto que un asunto del pasado no puede servir de mucho en el presente, salvo que permita esclarecer algunas cuestiones coyunturales.

2.3. El resultado final

Habiendo establecido las situaciones relacionales existente entre los derechos (expresión y honor, información y vida privada, e información y honor) y conociendo las herramientas a utilizar, estamos aptos para delimitar correctamente los contenidos de los derechos fundamentales.

En estricto, este trabajo habrá de centrarse en conectar, dentro del marco constitucional, el ámbito de cada uno de los derechos en juegos, pero sobre todo

¹¹³ En el caso Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida, el juzgador ha afirmado la existencia de un interés público para conocer la salud de un político, pero luego advierte que dicho interés no justifica la invasión en la vida privada ni la difusión de las fotos del político agonizante [Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (causa 1985-B-114), rec. por Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 96].

basándonos en su contenido accidental puesto que hemos asumido que el esencial es incólume y duro.

Esta actividad es el principal fin de este trabajo, y por lo tanto será materia de un análisis muy detallado en el siguiente capítulo para lo cual no sólo utilizaremos los elementos antes explicados sino además, para una mejor comprensión del tema, aspectos utilizados en -o referidos a- el establecimiento de las consecuencias funcionales del ejercicio abusivo de los derechos de comunicación del discurso en desmedro de los de respeto propio, que revisaremos a continuación.

3. Las consecuencias funcionales

Una persona se puede valer de un derecho para afectar otro; eso puede ocurrir respecto a la expresión o la información frente al honor o la vida privada.

En el acto interpretativo señalábamos como último paso para encontrar el significado correcto de los derechos fundamentales la revisión de consecuencias. A eso nos dedicaremos ahora, pero en el caso específico de los derechos que nos interesan.

Justamente en este punto, Balaguer Callejón parece animarse a revalorar este paso interpretativo: “hay que valorar, en cada caso concreto, si el ejercicio de este derecho no estará ocasionando un daño mayor que el bien que se pretende realizar”¹¹⁴.

¹¹⁴ El derecho fundamental al honor. Op. cit. p. 170.

Además, la relación entre los derechos de respeto propio y de comunicación del discurso están en una relación paradigmática de *drittwirkung*¹¹⁵, puesto la vulneración de los primeros viene dada sobre todo por el ejercicio abusivo de los segundos.

3.1. El ejercicio abusivo de la comunicación del discurso

Para mantener el equilibrio en el Ordenamiento, se ha propuesto evitar que el ejercicio de los derechos a la expresión y la información afecte a derechos como el honor y vida privada.

Partiendo de un estudio sistemático de los instrumentos internacionales¹¹⁶, debemos observar que la consideración de los demás dentro de una sociedad civilizada debe ser objeto de obligaciones¹¹⁷. Si se incumplen estos deberes, la disfunción del orden constitucional se hará notoria.

Entonces, para lograr el cabal funcionamiento de la Constitución el legislador debe proporcionar las herramientas necesarias para que ‘todos’ los derechos tengan efectividad real.

Por eso algunos han afirmado -aunque no compartimos el sentido total de la exposición- que “no son los gobiernos democráticos los enemigos de la libertad de expresión. Por el contrario, los verdaderos enemigos de la libertad de expresión son, a mi juicio, el escepticismo de la gente, el irrespeto a la vida privada de las personas, la falta de veracidad en el tratamiento de la información y la parcialidad

¹¹⁵ PÉREZ TREMPES, Pablo. Criterios de interpretación de los derechos fundamentales. Op. cit. p. 04; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Op. cit. p. 327; María Luisa BALAGUER CALLEJÓN. El derecho fundamental al honor. Op. cit. p. 147.

¹¹⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 29.1: “Cualquier persona tiene obligaciones únicamente en relación a la comunidad, en la que sea posible el libre y completo desarrollo de su personalidad”.

¹¹⁷ Según HÄBERLE, ésta es una muestra palpable de lo que podemos considerar como ‘obligaciones fundamentales’, en contraposición a los ‘derechos fundamentales’ [El contenido de los derechos fundamentales. Op. cit. pp. 115 y 116].

Por eso en caso de usarse la expresión y la información más allá de sus límites, al no respetar sus obligaciones, nos encontramos en un ejercicio abusivo [CARRANZA, Jorge A. El derecho de informar, los bancos de datos y el ejercicio abusivo de los derechos. En: BUERES, Alberto J. (dir.). Responsabilidad por daños. Op. cit. t. I, p. 374].

que algunos medios demuestran día a día. Es la falta de credibilidad que esto genera la verdadera amenaza de los medios de comunicación”¹¹⁸.

Entonces, como podemos ver, los titulares de la comunicación del discurso a veces exceden los límites que la Constitución le ha brindado a sus derechos y afectan, tras un uso indebido -o abusivo, como lo llamamos- de los mismos.

En este punto trataremos de presentar cómo debe considerarse un discurso como abusivo: no solamente depende del titular de la comunicación del discurso que debe realizarlo de manera perjudicial, sino también del titular del respeto propio - es decir, el posible afectado- quien no debe haber consentido la actuación del primero.

3.1.1. El discurso perjudicial

El análisis de lo pernicioso del discurso debe realizarse en una doble dimensión: partiendo del enunciado factual y aceptando la diversidad de medios en que se puede manifestar este discurso.

3.1.1.1. El enunciado factual

¹¹⁸ Éste el mensaje dado por Ernesto PÉREZ BALLADARES, Presidente de Panamá, dirigiéndose a los periodistas de su país [La libertad de expresión como Derecho Humano Fundamental – Discurso. Coronado, 05 de mayo de 1998. <http://www.presidencia.gob.pa/dislibertad.html>]. Aún cuando en dicho país el respeto por la comunicación del discurso se haya puesto, en innumerables oportunidades, en tela de juicio, siempre es importante saber qué se piensan los gobernantes respecto a los periodistas.

Debemos decir que un discurso sólo podrá afectar los derechos al honor y vida privada si es que es un enunciado indicativo factual.

Las características esenciales de este enunciado debe centrarse en lo que entendamos por el término ‘discurso’. A partir de su noción se debe encontrar el significado real de lo que significa lo indicativo factual: debe señalar y mostrar algo de la realidad; debe afirmar algo¹¹⁹. En algunos supuestos, lo que se intenta presentar es un pseudodiscurso en el cual no se logra manifestar ningún mensaje. En estos casos no se podrá concebir la afectación de los derechos de respeto propio.

Abusábal Velarde presenta las características que posee un mensaje (haciéndolo corresponder con el discurso aristotélico)¹²⁰: debe ser consistente lógicamente -no contradictorio-; estar centrado en términos de la conducta humana; ser lo suficientemente específico como para relacionarlo en términos de la conducta humana; y, ser compatible con las formas en que se comunica la gente.

A partir de estas características, Salvador Coderch señala algunos casos que deben evitarse considerarse al discurso como perjudicial¹²¹:

- i. Tautología: no se dice nada acerca de la realidad (‘usted, ¿asesinó o no asesinó?’), aunque no se puede negar que un discurso de este tipo puede dejar dudas en el auditorio¹²².
- ii. Enunciados excesivamente generales: son imprecisos y por lo tanto inverificables (‘usted ha violado la ley’; no se señala cuál ni cuándo ni cómo).

¹¹⁹ Puesto que “*verba cum effectu sunt accipienda*” (“las palabras deben ser entendidas en el sentido de tener alguna eficacia”).

¹²⁰ El derecho a la información y el derecho a la intimidad personal. Op. cit. p. 07.

¹²¹ El mercado de las ideas. Op. cit. p. 169.

¹²² No podemos negar que la existencia de daño al respeto propio también se centra en el análisis del auditorio. Así, la probabilidad de este daño debe analizarse desde una doble perspectiva: naturaleza del discurso (palabras ofensivas que buscan únicamente agredir al auditorio, *fighting words*, dañarle emocionalmente) y la naturaleza del auditorio (para analizarse debe revisarse dos situaciones: que esté presente voluntariamente o acosado; o, si es paciente o agresivo).

- iii. Abuso verbal o hipérbole: el contexto deshace el contenido que se da ('usted es un terrorista verbal').

Por ello, en la Corte Superior de Lima ha señalado que “las afirmaciones dirigidas a los afectados” no constituyen un ejercicio abusivo “porque no son cargos concretos, ni están referidos a circunstancias específicas”¹²³.

El análisis del discurso perjudicial debe centrarse en el contenido real del discurso. Por eso no podemos tan sólo analizar las letras y palabras vertidas sino además una serie de variables que se interactúan para formar algo más que una prédica, es decir, un verdadero mensaje.

Para entender el discurso de manera correcta debemos hacernos cinco preguntas¹²⁴, estando en la correlación entre sus respuestas el sentido correcto del mensaje: ¿por qué lo emitimos? (de esa forma entenderemos la motivación del mensaje), ¿qué dice? (para encontrar el mensaje como tal), ¿de qué manera se dice? (conociendo la forma en que se ha realizado), ¿hacia quiénes va dirigido? (se busca encontrar el receptor intencional) y, ¿con qué efecto se emite? (se analizan si se han conseguido los efectos no deseados).

Otro tema a dilucidar es respecto a las publicaciones periódicas que afectan un derecho. Se debe considerar como un perjuicio distinto a cada una de las presentaciones del discurso¹²⁵. Sin embargo, existe una salvedad en el discurso repetitivo: si cada aparición denota el mismo enunciado, se tomará como una sola la afectación de los derechos de respeto propio.

3.1.1.2. El medio empleado

¹²³ Expediente 45-88, Querrela por difamación e injuria, Sentencia de la 9° Sala Penal de la Corte Superior de Lima de 1990, Caso Mercedes Leonor Soria Villafana de Acosta c/ Victor Villafana Castro.

¹²⁴ ABUSÁBAL VELARDE, José Eduardo. El derecho a la información y el derecho a la intimidad personal. Op. cit. p. 11.

Un segundo aspecto a considerar es cómo llega el discurso hacia el público. Si retomamos la titularidad universal de los derechos de comunicación del discurso, se debe propiciar todo medio para que todos expresen su opinión o su información.

Sin embargo, nuestra Constitución parece ser más restrictiva, ya que de una lectura literal del enunciado normativo del artículo 2.4 sólo se estaría protegiendo aquel discurso vertido a través de un medio de comunicación social¹²⁶. Discrepamos con una interpretación de este tipo puesto que si son derechos de todos, la comunicación del discurso no puede restringirse a quienes tienen acceso a uno de estos medios¹²⁷. El resto quedaríamos desprotegidos constitucionalmente. A razón de ello, proponemos dentro de un estudio coherente de la Norma Suprema, la existencia de un medio universal: por lo tanto, la protección constitucional abarca a todo medio idóneo para transmitir el mensaje deseado.

Tras sostener que la norma nacional no está en el camino correcto en este tema (artículo 2.4: toda persona tiene derecho a la expresión y a la información a través de “cualquier medio de comunicación social”¹²⁸), preferimos una redacción distinta en la que se recoja el término de ‘medio de difusión’¹²⁹. Lo que sí no se puede

¹²⁵ Aunque ‘*delictum iteratum gravius est*’ (el delito reiterado se agrava)

¹²⁶ O ‘medios de comunicación de masas’ [SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. pp. 25 y ss.].

¹²⁷ De esta manera se impediría que ‘todos’, tal como lo señala el artículo 2, puedan transmitir su discurso a través del medio que se crea conveniente, al no contribuirse realmente a la formación de la opinión pública, ya que tras los innumerables problemas a los que se enfrentan los medios de comunicación social (subordinación ante el Estado y el poder económico), no podrían circunscribir la protección a una parte de los medios existentes.

¹²⁸ Incurren en el mismo error, las Constituciones de Namibia, artículo 21, Ecuador, artículo 19.4.e, Egipto, artículo 47 (dentro de los márgenes de la ley), Etiopía, artículo 29.2 (medio de comunicación de su opción), y excepcionalmente, Brasil, artículo 220.1 (sólo para el derecho a la información).

¹²⁹ Como señalan otros Textos Constitucionales, entre los que encontramos a los de Uruguay, artículo 29 (toda forma de divulgación), Venezuela, artículo 57 (cualquier medio de comunicación y difusión), República Dominicana, artículo 8.6 (todo medio de difusión), Bolivia, artículo 7.b, Brasil, artículo 220 (cualquier proceso o vehículo), Guatemala, artículo 35, Honduras, artículo 72, Chile, artículo 19.12 y España, artículo 20.1.d.

negar es que nuestra Constitución protege 'cualquier' medio de comunicación -o de difusión-¹³⁰.

En lo que sí el constituyente ha acertado es en mostrar las formas¹³¹ mediante las cuales se presenta el discurso: la palabra oral¹³² o escrita¹³³ y la imagen¹³⁴ (artículo 2.4 de la Constitución). Gracias a esta enumeración taxativa, se ha dado pie para no proteger a través de estos derechos, los actos, tal como ya lo afirmáramos en su momento.

Desde este punto de vista, es tan válido ejercer los derechos a la expresión y a la información a través de un periódico que a través de un folleto informativo. Si en ambos casos, la opinión es vertida siendo firmada por su autor, no tiene por qué ser preferida la primera en desmedro de la segunda opción. Pero, cuando se escriba en un periódico sin ser firmado por el verdadero autor o dando un pseudónimo inidentificable -como ya ha existido casos en el país, tal como lo veremos *infra*-, asumiendo la irresponsabilidad penal de los editores y directores, el afectado se encontrará tan desprotegido que cuando se sostenga una opinión gracias a un pasquín -conocido como medio irregular- que sea anónimo.

La única diferencia respecto al medio utilizado se puede dar, no respecto a la existencia de un ejercicio abusivo, sino respecto a la gravedad del ilícito, por ejemplo, midiéndose el grado de difusión del mensaje. Algunos consideran a los

¹³⁰ En este aspecto coinciden con la Constitución peruana, las de Congo, artículo 27.2, Croacia, artículo 38.2, Colombia, artículo 20.a, Suiza, artículo 55, República Dominicana, artículo 8.10, Argentina, artículo 32, Albania, artículo 52, Alemania, artículo 5.1, Angola, artículo 35, Antigua y Barbuda, artículo 3, Azerbaiyán, artículo 50, Bangladesh, artículo 39.2.b, Brasil, artículo 5.XIV, Filipinas, sección 4, Panamá, artículo 85, Portugal, artículo 38.1, Korea del Sur, artículo 21.1, Laos, artículo 31, Estados Unidos de Norteamérica, primera enmienda, Luxemburgo, artículo 24, Líbano, artículo 13, Liberia, artículo 15.b, Egipto, artículo 48, Paraguay, artículo 27, Eritrea, artículo 19.2, Etiopía, artículos 29.3, 29.4 y 29.5, Bulgaria, artículo 40.1, Guatemala, artículo 35, Hungría, artículo 61.2, Honduras, artículo 73, Chile, artículos 19.12.c y 19.12.d, Cuba, artículo 53, Arabia, artículo X, Chechenia, artículo 49, Rusia, artículo 29, Japón, artículos 21.1 y 21.2, Omán, artículo 31, Mongolia, artículo 16.16, Nicaragua, artículos 67 y 68 y Namibia, artículo 21.

¹³¹ En general, se acepta toda forma de discurso, en las Constituciones de Chile, artículo 19.12, y España, artículo 20.1.a (cualquier medio de reproducción).

¹³² Seguido en las Constituciones de Uruguay, artículo 29, Venezuela, artículo 57 (de viva voz), República Dominicana, artículo 8.6 y España, artículo 20.1.a.

¹³³ Ésta es la forma más común de comunicar un mensaje, pero no debe ser la única [MARSHALL, Geoffrey. Declaración de derechos. Op. cit. p. 241]. Es, por lo tanto, recogida en las Constituciones de Uruguay, artículo 29 (ya sea privados o publicaciones de prensa), Dinamarca, sección 77, Venezuela, artículo 57, República Dominicana, artículo 8.6 y España, artículo 20.1.a.

¹³⁴ Solamente la República Dominicana (artículo 8.6) hace referencia al medio gráfico; para nosotros, imagen.

medios de comunicación social como el vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública¹³⁵ pero, para otros, ésta es una posición desacertada puesto que “privilegiar los ‘vehículos institucionalizados’ de formación de la opinión pública es discriminar a la novedad y a la marginalidad en beneficio del *statu quo*”¹³⁶.

Sobre las hojas clandestinas, hemos tenido una experiencia más o menos reciente en el país. En las últimas elecciones complementarias en Miraflores, pulularon en el distrito limeño días antes del sufragio, diversos pasquines que trataban de vulnerar la idoneidad de uno de los candidatos, afectando su honor, sin lógicamente ser firmados por persona alguna. ¿Se podrá creer que una hoja sin firmar que llega a sus manos puede crearle la convicción sobre algún tema? Creemos que no, aunque sin embargo, no dejó de crear cierta desconfianza en el electorado.

A veces la Jurisprudencia Nacional ha sido bastante sobria respecto a ellos cuando señala que la intención del titular del derecho a la información de negar los hechos “basándose en que los volantes infamantes no están membretados ni firmados, hecho que precisamente era de su responsabilidad y que más bien revela su afán difamatorio”¹³⁷.

Quizás la opción del constituyente a favor de los medios de comunicación social se ha dado por una disyuntiva respecto a la presentación del discurso que existe en doctrina: o se requiere de publicidad o de publicación. Por la primera es necesario que el discurso sea transmitido hacia los demás, que efectivamente llegue a un público. Por la segunda, sólo es necesario que el discurso sea presentado sin que efectivamente haya un público que conozca su contenido; no se refiere a publicación en términos estrictos, sino tan sólo a que el mensaje salga de la mente de la persona.

¹³⁵ Esto surge así debido a la desfigurada importación, a través de los españoles, de la institución de los medios de comunicación social (artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn) que no existe en nuestro país.

¹³⁶ SALVADOR CODERCH, Pablo. Op. cit. p. 79.

La mejor forma de asegurar que un mensaje se expanda y sea conocido por el público es gracias a los medios de comunicación social. De eso se preocuparon a la hora de redactar la Constitución: el desacierto normativo, entonces, estuvo en centrarse en la publicidad.

Cayendo también en el mismo error, en una Jurisprudencia Nacional refiriéndose a la injuria, se ha señalado que lo mínimo que se requiere de un discurso es “la condición fundamental de la publicidad”¹³⁸.

Pensamos que con la publicidad “no vale cualquier comunicación a terceros sino sólo aquella que con seguridad llegará al público”¹³⁹. Existe una incidencia en la actividad -seria y formal- y en el resultado -debe llegarse al público-. Ésta sí tiene un lógico sentido en un delito como el de difamación (Código Penal, artículo 132), pero no en el de injuria.

Lo que es inevitable considerar es que los medios de comunicación social son distintos al resto de medios. No es que sean ni más ni menos, simplemente son diferentes, con propiedades propias, ventajas características y dificultades peculiares¹⁴⁰.

Si bien una noticia o un comentario en un medio de comunicación social (que es una forma de comunicación indirecta, unilateral y pública¹⁴¹) puede incidir más

¹³⁷ Expediente 42-88, 9° Tribunal Correccional de Lima, 1988, rec. por Juan MORALES GODO. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 136.

¹³⁸ Caso Nelson Herrera Retuerto c/ Mario Rosazza Pizarello, Sentencia del 5° Tribunal Correccional de Lima, Expediente 359-86, Delito de difamación y calumnia, rec. por Manual de Legislación Penal. Código Penal. Op. cit. p. 319. En el mismo sentido, Expediente 612-86, del 1° Tribunal Correccional de Lima, rec. por Felipe VILLAVICENCIO. Código Penal. Op. cit. p. 331.

¹³⁹ SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 309.

¹⁴⁰ Pues “*qui habet commoda, ferre debet onera*” (o, “quien tiene las ventajas debe soportar las cargas”) [PAULO. Digesto, 50, 17, 10].

¹⁴¹ ESPÁ GARCÉS-ALVEAR realiza una tipificación de la comunicación basándose en tres condiciones: directa (no hay distancia física que los separe) o indirecta (distancia témporo-espacial); recíproca o unilateral (no se intercambian roles); y, pública (receptores indeterminados) o privada (cerrada) [La libertad de expresión en la Constitución de 1979 y en el ‘Nuevo Orden Mundial de la Información y Comunicación’. Op. cit. t. I, p. 30].

en la opinión pública que los publicados en un panfleto, ello no es óbice para darle un tratamiento diferenciado. Mas aún si tomamos en cuenta que tanto los beneficios como los costes de los primeros son también mayores que los de los segundos, tampoco se entiende la desemejanza.

3.1.2. La ausencia de consentimiento

Es un elemento negativo de la relación entre respeto propio y comunicación del discurso. Si existe consentimiento, no podrá haber afectación del honor y la vida privada.

Significa la aceptación por parte del titular de un derecho fundamental de que otra persona pudiese ingresar, a través del ejercicio de otro derecho, al ámbito de protección del suyo. Es una renuncia a la salvaguardia a través de un acto propio -*stoppel* para el Derecho Anglosajón-.

Para analizarlo, se debe tomar en cuenta las características propias de cada uno de los derechos de respeto propio involucrado. Por sus características peculiares, la manera en que se puede consentir en la vida privada dista bastante de lo que sucede con el honor. En la primera está clásicamente aceptado el consentimiento; en el segundo, no tanto.

El consentimiento, entendido como acto de disposición, puede ser entendido, según Clavería Gosálbez, en cuatro sentidos¹⁴²: como causa de justificación de la intromisión, como excepción al régimen de indisponibilidad e irrenunciabilidad de

Además, el de comunicación social es “el mejor medio que tiene el individuo para estar informado al día de lo que ocurre en el mundo, en su propio país y especialmente de la actuación del gobierno y como lógica consecuencia, para controlar el desempeño de sus gobernantes” [BASTIDAS ROMERO, Óscar. Legislación penal del Estatuto de Libertad de Prensa. Op. cit. p. 04].

¹⁴² Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Op. cit. pp. 41 y 42.

estos derechos, como ejercicio del contenido positivo de ellos, o como el ejercicio de un derecho patrimonial de explotación económica. Creemos que la esencia es el primero de los sentidos, pero no desentonan con esta propuesta las dos siguientes. En general sobre el consentimiento, el Código Penal ha expresado que “[e]stá exento de responsabilidad penal el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien de libre disposición” (artículo 20.10).

Puede darse de dos formas diferentes: una directa, que solamente incluye a la vida privada¹⁴³ y otra indirecta, que comprende aparte de ella, al honor.

(A) Consentimiento directo

En este caso no existe duda que el titular de la vida privada ha permitido la injerencia de su derecho. Existen dos formas de consentimiento directo: el expreso y el tácito.

(a) Expreso

Por éste entenderemos a aquél en el que el titular del derecho de manera clara e ineludible acepta que exista una vulneración en su derecho.

Para el caso de la vida privada, se requiere un consentimiento previo a la intromisión en el derecho. Este tema ha sido tratado por el Código Civil, en su artículo 14, el mismo que señala que la vida privada, aunque tomando el supuesto de la intimidad, “no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona”. Además inmediatamente después apunta que -tal como ya habíamos anotado- en caso de estar fallecida una persona se requiere el consentimiento “de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”¹⁴⁴. Un claro ejemplo de este tipo es cuando el familiar de un famoso fallecido permite, a través de un documento escrito, que su biógrafo, previo pago, utilice su diario personal para escribir un libro.

¹⁴³ Respecto al consentimiento en la vida privada, Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 89.

¹⁴⁴ Este tema también ha merecido tratamiento constitucional, como en el caso de Bulgaria (artículo 32.2, referido exclusivamente a la vida privada) y de Bahamas (artículos 15 y 21, puesto como salvedad).

Frente a este supuesto, el Código Civil no es proclive a aceptar el consentimiento en el honor, y sí lo hace en el caso de la imagen (artículo 15).

(b) Tácito

El consentimiento de este tipo indica que el titular a través de diversos actos o discursos directos hace crear ‘convicción’ en el destinatario que está aceptando una posible injerencia en el ámbito de su derecho.

Debe tener consecuencias similares al del expreso ya que “es un consentimiento directo, por el que autoriza la concreta intromisión, deduciéndose de un comportamiento o de una declaración no expresamente emitida para exteriorizar aquel consentimiento”¹⁴⁵.

Existe Jurisprudencia Comparada que corrobora esta propuesta: si una artista ha permitido en varias oportunidades que los periodistas le tomen fotos, sería ilógico que si en un artículo aparece algunas de estas tomas, la persona señale que existe afectación a su vida privada¹⁴⁶; ésta es una forma de consentimiento indirecto.

(B) Consentimiento indirecto

Algo no contemplado en nuestro Ordenamiento pero que sí se puede encontrar en el Comparado¹⁴⁷ es el ‘consentimiento indirecto’. Por él se puede entender el caso en que el titular del derecho se coloca en una situación controvertible según la cual se puede prever una autorización para la afectación de su derecho¹⁴⁸.

Además de la vida privada, creemos que este supuesto puede ser aplicado para el derecho al honor. La base para aceptar esta propuesta es que en determinadas ocasiones la actuación del titular del derecho puede hacer ‘sospechar’ al destinatario que puede ingresar al ámbito del otro derecho. Mientras que en el consentimiento directo tácito existía convencimiento, en este tipo sólo subsiste una conjetura.

¹⁴⁵ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 60.

¹⁴⁶ Sentencia de la Corte de París, caso de Gunther Saches (esposo de Brigitte Bardot) contra la editora Lui, por el artículo Sexy Saches [rec. por Jorge A. CARRANZA. Los medios masivos de comunicación y el derecho privado. Op. cit. p. 55].

¹⁴⁷ Ley Orgánica 1/1982 española, artículo 2.2.

¹⁴⁸ En cierto modo es la posición que sostiene Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 380.

Un buen caso de este tipo es el que se propuso en el proceso Gisela Valcárcel c/ Carlos Vidal, en el cual el ex-modelo, escribió en su libro diversos pasajes de la vida de la famosa conductora que ella misma lo había contado a través de su programa televisivo. Además, en el caso Gustavo Mohme Llona y otros c/ Héctor Ricardo Faisal Fracalossi, el juzgador consideró que al no haberse denunciado oportunamente a los autores de las notas originales, “supone admitir la posibilidad de la renuncia a la protección de su honor”¹⁴⁹.

Habiendo mostrado cómo debe entenderse el consentimiento en cada uno de los derechos de respeto propio, entremos a analizar un supuesto como el de la revocación de éste.

Por ejemplo, si un periodista realiza un reportaje y la artista acepta que le tomen fotos, terminado el mismo, tiene que editarse, pulirse, revisarse (todo un proceso que -tal como ya revisáramos- se incluye a la hora de informar) y justo cuando va a publicarse, pese a haber consentido en un primer momento la conversación, la entrevistada envía una carta notarial para que no salga su entrevista y menos las tomas realizadas.

Para Balaguer Callejón, es posible revocar el consentimiento “en cualquier momento, si bien con unas posibilidades indemnizatorias”¹⁵⁰. Sin embargo, en el Perú, la legislación no se ha puesto en este supuesto.

Sin embargo, en el mismo Título II del Código Civil, que es en el que se trata los derechos al honor y a la vida privada, existe un caso de cancelación de consentimiento: tras aceptarse que antes de su consumación es revocable un acto permitido, se señala que este hecho “no da lugar al ejercicio de acción alguna” (artículo 9). Sin embargo, consideramos que en este caso no puede interpretarse con el método sistemático –argumento *a pari*– puesto que las condiciones de los derechos involucrados (el artículo se refiere a la disposición del cuerpo humano) no son similares: mientras en este caso no ha existido actividad por parte del

¹⁴⁹ Sexta Sala de Apelaciones de Procesos Penales Sumarios con Reos Libres, sentencia del 05 de octubre de 1999, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 98.

¹⁵⁰ El derecho fundamental al honor. Op. cit. p. 30.

beneficiario del consentimiento, en el caso que nos interesa sí encontramos una compleja operación por parte del periodista.

Más cercano a este tema lo podemos en el propio Código Civil, en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Primera, Contratos en general, Título II, El consentimiento. Nosotros estimamos que éste es una figura con efectos similares a la oferta, puesto que se vuelve obligatoria desde que, en este caso, el titular del derecho al honor o la vida privada expresa su voluntad de permitir el ingreso al contenido de su derecho, pero para que se complete la misma es necesario que se logre la publicación final, ya que recién allí se afectaría el derecho. En caso contrario, es decir cuando se revoca entre se consintió y la divulgación del discurso, deberá indemnizarse al afectado.

Además, es importante señalar cómo se realiza el consentimiento por parte de los menores. Consideramos bastante interesante la solución presentada por la Legislación Comparada en este tema.

Así, la Ley Orgánica española 1/1982 partiendo de que su consentimiento podrá prestarse “por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil” (artículo 3.1), concluye que en los demás casos -a nuestro parecer, la mayoría-, “el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez” (artículo 3.2). Una solución de este tipo consideramos que busca tutelar de la mejor manera posible la vida privada y el honor de quienes aún no poseen el desarrollo psicológico suficiente para tomar decisiones de este tipo.

Pero existen casos en que no es necesario el consentimiento, puesto que la actividad realizada se encuentra protegida por otro derecho, en este caso, a la expresión o a la información. Y el razonamiento a usar se sustenta en lo que los criterios de desarrollo colectivo.

Utilizando un argumento *a pari*, revisemos el artículo 15 del Código Civil referido a los derechos a la voz y a la imagen. Según éste, el “asentimiento no es necesario cuando la utilización de [la vida privada y el honor] se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público”

3.1.3. La forma de vulneración

Entonces, para que exista vulneración se deben cumplir dos requisitos: un discurso perjudicial y la ausencia de consentimiento. Pero, aquélla puede presentarse de diversas formas e incluyendo a diversos causantes. Eso nos corresponde estudiar ahora.

3.1.3.1. El daño

Si bien estamos realizando un estudio constitucional, no podemos negar que dentro del Derecho Civil se ha tratado mucho de encontrar la naturaleza del daño. Sin embargo, lo capital para nosotros se centra en qué tipo de daño incluye la afectación al honor y a la vida privada, el cual consideramos que es uno de tipo personal.

Si bien el daño¹⁵¹ ha sido tradicionalmente distinguido según la patrimonialidad o no de sus efectos, creemos que la base para una diferencia válida se encuentra en su relación o no con la persona¹⁵², considerada ésta como el fin supremo de la

¹⁵¹ Puede ser considerado como todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra.

¹⁵² La existencia de un daño puede ser determinada a través de diversos criterios, como el de patrimonialidad o también por el efecto del daño o la naturaleza del bien jurídico lesionado. Sin embargo, nos parece conveniente la referencia a la repercusión de orden psíquico o físico en el sujeto pasivo, según el cual el daño personal consistiría “en el dolor que padece una persona como consecuencia de un acto ilícito, dolor que no tiene repercusión patrimonial y que tiene una significación amplia ya que comprende el miedo, la emoción, la vergüenza, la pena física o moral” [MORALES GODÓ, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 359].

sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución), por lo que el daño podrá ser personal (si el perjuicio es a la persona¹⁵³) o no-personal (si es a las cosas).

Para Morales Godo, el daño personal “es un ataque a un derecho fundamental, es un ataque a la persona en cuanto tal”¹⁵⁴ y para Fernández Sessarego, es aquel que “agrede la dignidad misma de la persona humana, considerada con ser libre e decidir su destino dentro de los condicionamientos inherentes a la vida humana”¹⁵⁵.

Si bien el medio que se utiliza para realizar el daño personal¹⁵⁶ puede ser contractual (incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato, aunque puede surgir de otra fuente de la obligación) o extracontractual (no existe un contrato preexistente), lo que nos interesa es reconocer los dos subtipos de daños como lo son el moral¹⁵⁷ y el patrimonial. Por el primero, se entiende a aquellos que vulneran contra y que no son medibles dinerariamente. Por el segundo, aquellos que conllevan una clara referencia pecuniaria y que pueden ser evaluados en este sentido.

Pero, para observar este daño podemos fijarnos en dos supuestos distintos: o ubicándonos en el respeto propio (y cómo se afecta cada uno de estos derechos) o en la comunicación del discurso (cómo se abusa de ellos). Comencemos por el segundo caso.

a. A partir de la comunicación del discurso

¹⁵³ Aunque en estricto no se refiere sólo a las personas sino en general a todo sujeto de derecho (en el caso peruano, que incluye además a los concebidos y las organizaciones no inscritas).

¹⁵⁴ El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 368.

¹⁵⁵ Derecho de las personas. Op. cit. p. 258.

¹⁵⁶ Sobre este tema puede revisarse el texto de Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. En: Apuntes de Derecho. Revista de Investigación Jurídica. Lima, año II, n° 1 (may. 1999). pp. 65 y ss.

¹⁵⁷ En la costumbre jurídica se ha tratado de manera similar el daño moral con el personal, sin embargo coincidimos con diversos tratadistas para quienes el primero es una especie del segundo [CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984. En: Aequitas. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Lima, Perú. Año 1, n° 1 (1990). pp. 75 y 76; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las personas. Op. cit. p. 69; MORALES GODO, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 376 (el daño personal incluye el moral y el patrimonial)].

Sobre la eficacia de este daño en caso de afectación a la vida privada, Isidoro H. GOLDENBERG. Responsabilidad civil derivada de la lesión del derecho a la intimidad. Op. cit. p. 389.

Para observar el daño al respeto propio, desde este punto de vista, podemos encontrar dos opciones distintas. En ambos supuesto se afectan estos derechos, pero la forma es radicalmente opuesta en cada cual: en un primer caso existe apariencia de ejercicio del derecho a la expresión o a la información; en el segundo, ni siquiera existe esta apariencia.

Las dos fórmulas, si bien incurren en perjuicio al honor o a la vida privada, difieren en el respeto o no al núcleo duro de los derechos.

(a) Respetando el contenido esencial

Aquí, el transgresor parte de la comunicación del discurso, es decir, tomando en cuenta la congruencia de la expresión o la veracidad de la información pero se extralimita en el contenido accidental yendo más allá de lo permitido. Éste es un clásico abuso de derecho.

Por eso se ha dicho que “aunque estamos muy informados, estamos más desconectados y distanciados que antes de lo que ocurre en el mundo”, puesto que, según Vargas Llosa, “[l]a fantástica acuidad y versatilidad con que la información nos traslada a los escenarios de la acción en los cinco continentes, ha conseguido convertir al televidente en un mero espectador, y, al mundo, en un vasto teatro, o, mejor en una película, en un *reality show* enormemente entretenido, sin duda, donde a veces nos invaden los marcianos, se revelan las intimidades picantes de las personas, y, a veces se descubren las tumbas colectivas de los bosnios, sacrificados de Srebrenica, los mutilados de la guerra de Afganistán, caen cohetes sobre Bagdad o lucen sus esqueletos y sus ojos agónicos los niños de Ruanda”¹⁵⁸. Así, partiendo del núcleo de la comunicación del discurso, en determinadas oportunidades, el titular se extralimita.

(b) Sin respeto al contenido esencial

¹⁵⁸ Dinosaurios en tiempos difíciles. Op. cit. pp. 233 y 234.

Frente a este supuesto, la actividad del infractor puede surgir de la apariencia del ejercicio de la expresión y de la información, aunque realmente su labor se encuentra reñida con éstos porque no respeta siquiera el contenido esencial de los mismos.

En ambos casos existe afectación a los derechos de respeto propio, pero la diferencia entre una u otra posibilidad radica en la facilidad para demostrar el ejercicio abusivo. Además en el segundo de los casos casi siempre existirá dolo porque es bastante difícil que uno sepa que informa sin veracidad u opina sin congruencia y actuar de forma inconsciente.

b. A partir del respeto propio

Ahora es menester observar cómo se realiza la afectación de cada uno de los derechos de respeto propio, centrándonos en ellos mismos.

Por la diversidad de supuestos de hecho que mostráramos en el Capítulo Cuarto, mayor cantidad de contingencias habrá en caso se afecte la vida privada que el honor. Frente al primer derecho, las opciones son mayores que en el segundo, razón de la especificidad de aspectos como la intimidad, la no-revelación de datos personales, la autonomía o la autodeterminación informativa.

Revisemos cada uno de estos supuestos:

- (a) Afectación a la vida privada

Respecto a este derecho, el ejercicio abusivo del derecho a la información puede presentarse a través de varios supuestos: seguir, fotografiar, filmar, grabar o actividad similar¹⁵⁹, publicación injustificada o uso ilícito de datos personales¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Éste y los anteriores supuestos en la Constitución de Bulgaria, artículo 32.2

¹⁶⁰ República Eslovaca, artículo 19.3

En fin, existen tres formas en que ésta se presenta: “1. Informaciones no cuidadas, incompletas e irrelevantes. 2. Posibilidad de acceso a la información por parte de personas que no deben o no necesitan tener acceso. 3. Uso de las informaciones en un contexto distinto o bien para finalidad diversa de aquella para la cual se han recogido los datos”¹⁶¹.

La vida privada se considera afectada o cuando se toma conocimiento de manera indebida de hechos protegidos por el derecho o cuando se difunde dichos datos. Y es que ambas formas han sido protegidas de manera separada y hasta de manera excluyente, sin embargo consideramos que tanto se afecta por conocimiento como por difusión¹⁶².

(b) Afectación al honor

Y es que “con el desarrollo de los medios de difusión, es evidente que las posibilidades de lesionar el honor de una persona en el ejercicio de la libertad de expresarse, han aumentado”¹⁶³.

Un caso específico en que debe revisarse el daño producido al honor es en la rectificación. Éste se da cuando las informaciones son inexactas¹⁶⁴ y exista un agravio al afectado¹⁶⁵; ambos son supuestos concurrentes¹⁶⁶. Sin embargo, una

¹⁶¹ *White Paper* (1975), cit. por Miguel Ángel EKMEKDJIAN y Calogero PIZOLLO. Hábeas Data. Op. cit. p. 20.

¹⁶² Se adscribe a ella, Delia Matilde FERREIRA RUBIO. El derecho a la intimidad. Op. cit. pp. 126, 167; en este punto debemos recordar a PROSSER.

¹⁶³ UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José. Algunos apuntes sobre la conflictiva relación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor en el Perú de hoy. Op. cit. p. 28.

¹⁶⁴ A veces presentada de manera distinta: como información falsa, distorsionada o ambigua (Constitución de Paraguay, artículo 28) o injustamente aludida (Constitución de Chile, artículo 19.12.b). También, la Ley sobre prueba y desarrollo de nueva oferta de medios de difusión y otros servicios en Baviera (22 de noviembre de 1984) según la cual en el pedido “se debe especificar la emisión impugnada y ha de limitarse a exponer los hechos” (artículo 17.1) [En: Leyes de radiodifusión. Materiales sobre política y sociedad en la República Federal Alemana. Colonia: Inter Nations, 1989. 2ª ed. p. 129].

Con respecto a la inexactitud debemos hacer alguna especificación. Ésta debe llevarnos a una falta de veracidad objetiva, no subjetiva [O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 29]. Y como bien apunta el constituyente FERRERO COSTA, “[n]ormalmente son en las páginas de información, cuando se dice algo que no es exacto, yo no quisiera ahora hacer una enumeración detallada de las oportunidades en las que los medios de expresión, en algunos casos y ciertos medios, mucho más que otros y en todas las épocas y no solamente en ésta; desoyen el clamor de las personas, para que una información inexacta, fuese recogida y colocada en un lugar tan destacado, como aquel donde se ha producido el error y a veces hasta la mala intención” [Octava Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Lima, 01 de febrero de 1993. www.congreso.gob.pe].

Una precisión particular. Según, la propia Comisión Interamericana, si bien en el texto inglés de la Convención hace referencia a “*inaccurate or offensive statements or ideas*”, la palabra ‘*ideas*’ no aparece en los textos español, portugués ni francés de esta disposición, los cuales se refieren a ‘informaciones inexactas o agraviantes’, ‘*informações inexatas ou ofensivas*’ y a ‘*données inexactes ou des imputations diffamatoires*’ [Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A, n° 7. parr. 20.1].

¹⁶⁵ En el similar dirección, Constituciones de Guatemala, artículo 35 (ofendida), Ecuador, artículo 19.4.b (en su honra) y Chile, artículo 19.12.b (ofendida). Además, Ley Orgánica española 2/1984, de 26 de marzo, Reguladora Del Derecho De Rectificación., artículo 1 (divulgación pueda causarle perjuicio).

lectura errada de este punto, tal como nos llevaba la anterior ley de rectificación, según el cual el agravio a la persona podría darse no solamente a través de informaciones, sino también por intermedio de expresiones ofensivas¹⁶⁷. Y es que la propia norma nos hace olvidar el error: el derecho es a que el medio se ‘rectifique’, y solamente se puede rectificar lo que está errado, y es errado tan sólo aquello que puede ser plausible de control de veracidad, y la veracidad únicamente es parte de la información, no de la expresión. Entonces tanto afectación por afirmaciones inexactas como el agravio existente son dos condiciones más que dos formas de rectificación.

3.1.3.2. La atribución de responsabilidad

La atribución de responsabilidad en la afectación al honor y a la vida privada no es tan sencilla. Las peculiares de cada rama del Derecho hace que seamos especialmente cuidadosos con este tema.

La actuación abusiva de los titulares de los derechos de comunicación del discurso, sobre todo en los medios de comunicación social, debe ser considerada como un contravalor¹⁶⁸. Por eso, la Constitución alemana en su artículo 18 señala que “[q]uien abuse de la libertad de opinión en especial de la de la prensa [...] se hace indigno de estos derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal decidirá sobre la privación de los mismos y su alcance”.

¹⁶⁶ En la misma línea, Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 218; Carina QUISPE MEROVICH. El hábeas data y los sistemas de información. El hábeas data y los sistemas de información. <http://www.congreso.cl/biblioteca/estudios/derechoa.htm>; Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. pp. 28 y 29.

¹⁶⁷ Una interpretación como dos supuestos diferenciables fue dado por la primera Ley de Rectificación, Ley 26775. Esto permitía rectificar no sólo en errores informativos sino en caso de opiniones, volviéndose la figura más que rectificación, una respuesta (artículo 1). En semejante posición, también encontramos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 14.1: “toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentadas y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca ley”). Pese a ello, el artículo 5 de la ley nacional negaba la posibilidad de rectificar en el caso de comprender juicios de valor u opiniones. Esta discusión quedó zanjada a favor de la dualidad de requisitos gracias a la segunda Ley de Rectificación dada meses después, Ley 26847, artículo 6. Para mayor análisis de estas leyes revisar, José Carlos UGAZ SANCHEZ-MORENO. Algunos apuntes sobre la conflictiva relación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor en el Perú de hoy. Op. cit. pp. 31 y ss.; Victorhugo MONTOYA CHÁVEZ y Alejandro NEYRA SANCHEZ. Con miedo al medio. Op. cit. pp. 146 y ss.

¹⁶⁸ Para la CONFERENCIA DEL EPISCOPADO MEXICANO – COMISIÓN EPISCOPAL PARA LAS COMUNICACIONES SOCIALES, a veces los medios de comunicación social se basan en la propagación de contravalores, entre los que podemos encontrar la afectación de los derechos de respeto propio. Pero estos no son los únicos; también son desvalores: su poder manipulador, su vinculación indebida a grupos económicos que controlan la comunicación social, formación del hombre “adaptado” (a imagen del hombre exigido por los intereses del poder social) y la

Decíamos que los titulares de los derechos a la información y a la expresión aparecen como los destinatarios de los de respeto propio. Así es como sucede en el Derecho Constitucional. Sin embargo en algunos casos específicos, como en el caso penal, solamente tendrán responsabilidad ciertos titulares de aquéllos.

Antes de comenzar esta explicación, tenemos que hacer hincapié en la imposibilidad de los medios de comunicación social de ser considerados como posibles infractores del honor y la vida privada (salvo el caso de que la empresa como tal emita una opinión o informe) puesto que debe recordarse el rol que cumplen en el ejercicio de estos derechos: únicamente aparecen como ‘medios’ o canales para transmitir un discurso.

Sin embargo para salvar esta dificultad doctrinal, algunos han de proponer el concepto de titular directo y de indirecto¹⁶⁹. Cuando no usamos un medio de comunicación social para efectivizar nuestros derechos, ambos coinciden. Pero, cuando sí lo utilizamos, entonces sí existe una diferencia entre los titulares de los derechos. El periodista será el titular directo, puesto que él es el que realmente hace uso del derecho (busca la información, la difunde o expresa su opinión sobre algún tema). El titular indirecto por su parte es el que permite esta actividad del periodista: el medio de comunicación social. Discrepamos con una solución como ésta puesto que se desconoce su verdadera función, atribuyéndosele una responsabilidad que no le corresponde. Esta propuesta está reñida con la Norma Fundamental.

Por esta misma razón, no puede implicarse dentro de la afectación de los derechos de respeto propio a los propietarios de los medios ni a los miembros del directorio de los mismos. Por eso se ha señalado en la Jurisprudencia Nacional que “la

deformación de los valores y frivolidad de la existencia (así como pueden enriquecer la cultura, también pueden despojarla totalmente de su belleza y dignidad). [Los medios de comunicación social ante la ética. <http://www.iglesia.org.mx/cem/comisiones/comunicacion/losmedios.htm>].

¹⁶⁹ Este es el planteamiento que presenta de manera escueta Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 52.

responsabilidad atribuida al querellado es en virtud a sus mencionadas condiciones societarias”, motivo por el cual siguiendo al artículo 162 de la Ley General de Sociedades, “es obvio determinar que quien tiene sólo cualidades de tipo societario en la empresa, mas no participa de modo activo en los procesos editoriales a nombre propio, no puede ser individualizado como agente activo de los hechos que se le atribuyen”¹⁷⁰.



¹⁷⁰ Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Lima, de 08 de agosto de 1997, Caso Carlos Hernán Palomino Castro c/ Baruch Ivcher Bronstein, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 108.

Entrando ya ingresando al tema que nos interesa, diremos que la propia Constitución reconoce una responsabilidad bastante amplia a los titulares de los derechos de comunicación del discurso, aun cuando el propio artículo que trata sobre estos derechos no señala con claridad quiénes pueden ejercer estos derechos.

No obstante, cuando en el artículo 2.7 refiriéndose a la rectificación, se atribuye responsabilidad a quien afecta con afirmaciones inexactas, señala que quien debe rectificarse es el ‘medio de comunicación social’. Sin embargo, como ya explicamos este medio no es titular de un derecho, razón por la cual creemos que el constituyente se ha referido a todas las personas que dentro de él pueden intervenir en el proceso comunicativo. Es decir, no sólo se refiere al periodista investigador, sino también al editor, director o quien tenga la competencia.

Aun cuando los artículos dedicados a las garantías constitucionales, señalan únicamente que tanto el Amparo como el Hábeas Data proceden contra el hecho u omisión realizado por parte de “cualquier autoridad, funcionario o persona” (artículos 200.2 y 200.3), una interpretación correcta del artículo 2.7 (que dice a la letra, “toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique [...]”), nos lleva a proponer una titularidad amplia dentro de los medios. Es, como señala Batista González, una ‘responsabilidad en cascada’¹⁷¹.

Por dicho motivo, nos animamos a postular que en el Perú se ha reconocido de manera indirecta la responsabilidad tanto inmediata (del investigador)¹⁷² como

¹⁷¹ Medios de comunicación social y responsabilidad penal, cit. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 104. Debemos también señalar que si bien en el Derecho Civil se puede considerar como responsable para el pago de una indemnización a la empresa propiamente dicha puesto que es el ámbito en el cual se produce la afectación, asumiendo el dueño de la misma el control indirecto de la situación, consideramos que no puede atribuirse a la persona jurídica –en este caso, medio de comunicación social– alguna responsabilidad.

¹⁷² Para O’CALLAGHAN MUÑOZ, este autor puede encontrarse en tres situaciones: el autor del ataque es el mismo que el autor de la divulgación; el autor del ataque no consciente divulgación (el tercero sostiene ‘se dice que’); y, el autor sabe de la difusión y la consciente (él mismo la publica en un diario, por ejemplo) [Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. pp. 50 y 51].

mediata (del editor y director), *in solidum* (solidariamente). Pese a que se puede llegar a esta conclusión, más clara resultaba la fórmula empleada por la Constitución de 1867, la misma que reconocía como responsables, sobre todo refiriéndose a la vida privada, al autor, el mismo que debe firmar cuando ataca la vida privada de los individuos, y al editor, quien era responsable solidario (artículo 20). Sin embargo, para Chirinos Soto, “la tendencia es responsabilizar al autor cuando el artículo va firmado éste y responsabilizar al editor, si el artículo no tiene firma”¹⁷³.

Por su parte, en el Código Civil se ha seguido la misma línea que se promovía en el ámbito constitucional, es decir la titularidad amplia, lo mismo que tiene como razón de ser la mayor protección posible a los afectados. Así, es bastante clara el tenor de su artículo 17, el mismo que señala que asume que ante la violación del honor o la vida, “[l]a responsabilidad es solidaria”.

Sin embargo, desde el Código Penal “resulta obvio que la responsabilidad a que se refiere el artículo 8 de la Ley de Prensa vigente (DL 22244) será de naturaleza civil o administrativa, pero en ningún caso penal”¹⁷⁴. Entonces, en el ámbito sancionador, sólo será responsable quien emita el discurso, y nadie más. Aunque ésta es la línea que ha asumido esta rama del Derecho, pensamos debió ser más osada y permitir tal como lo ha realizado, en alguna oportunidad, la Legislación Comparada¹⁷⁵.

¹⁷³ La libertad de expresión y su marco jurídico en el Perú, cit. por Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 132; en la misma línea, Carlos PECCHI CROCE y Eleodoro ORTIZ SEPÚLVEDA. Tutela procesal del derecho a la intimidad personal en Chile. Op. cit. p. 08.

¹⁷⁴ UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. Prensa juzgada. Op. cit. p. 104.
Respecto a la responsabilidad, el Código Penal sólo considera como autor “[e]l que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible” (artículo 23). No expresa nada más, razón por la cual no debemos considerar como solidario una responsabilidad sobre la que no se manifiesta la ley.

Si bien se ha señalado acertadamente en la Jurisprudencia Nacional que “no existe norma o disposición alguna que sancione a los directores de los medios de comunicación por las notas o artículos no firmados” (Caso Julio Castro Ferruzo c/ Aurelio Miró Quesada Sosa y Alejandro Miró Quesada Garland, sentencia del 12° Juzgado Civil de Lima, del 01 de agosto de 1994), en una gran cantidad de casos el juzgador sigue admitiendo la responsabilidad penal de los directores (Procesos Nancy Aracelly Quiroz Ocas de Guevara c/ Herless Salvador Carrión Portilla y Luis Henry Guillermo Gamarra, Juez Penal de Guadalupe, sentencia del 05 de octubre de 1998; Vladimir Paz de la Barra c/ Aníbal Aliaga Iparraguirre, Sentencia del 02 de octubre de 1992; Felipe Hohagen Femandini c/ Francisco Igartua Rovira y Miguel Ramírez Puelles, Sentencia del 38° Juzgado Penal de Lima, del 23 de julio de 1991).

¹⁷⁵ Según la Ley de Prensa de Hamburgo, “son responsables de los delitos aparte de lo que dicen las normas penales: 1. el redactor responsable de un impreso periódico cuando haya infringido con premeditación o negligencia su deber de mantener los impresos exentos de contenido punible, y el hecho ilícito se deba a ello; 2. el editor de cualesquiera otros impresos cuando haya infringido con premeditación o negligencia su deber de inspección, y el hecho se deba a ello” (artículo 19.2).

Otro aspecto a dilucidar es respecto a las personas jurídicas. Solamente en el caso del derecho civil y constitucional podrán ser responsables; de ninguna manera en el caso penal, tal como ya lo adelantáramos en el Capítulo Tercero, cuando señalábamos la irresponsabilidad penal de estas personas.

Además del artículo 23 del Código Penal referido a la autoría de los delitos, el artículo 45, referido a la aplicación de la pena, todos los criterios vertidos se centran en la existencia de una persona natural (eso entendemos de sus carencias sociales, su cultura, sus costumbres, sus intereses o su familia). Además, lo que sí se señala es la utilización de la persona jurídica para cometer un delito -caso de representación-, señalado en el artículo 27, y las medidas accesorias aplicables a estas personas por la responsabilidad de alguno de sus miembros, tal como lo explica el artículo 105.

En el ámbito constitucional la situación es radicalmente distinta. El artículo 200 señala, tanto para el caso del Amparo como del Hábeas Data, que la afectación puede ser realizada por 'cualquier' persona. Además la idea principal de esta rama del Derecho es proteger la vigencia de los derechos fundamentales de toda persona, independientemente de quien los realice. En la misma línea se encuentra también el Código Civil, que en la parte de responsabilidad extracontractual sólo centra su atención en la persona, razón por la cual señala refiriéndose al infractor sólo como 'aquel' que ha cometido el ilícito, sin diferenciar su calidad de natural o jurídica.

Tres cuestiones más respecto a la atribución de responsabilidad en el ámbito constitucional: no sólo se responsabilizará por dolo sino también por culpa, no debe aceptarse el anonimato y no debe exigirse responsabilidad objetiva.

Primero, con respecto a la inobservancia del ejercicio adecuada de la comunicación del discurso, expresamos que ésta puede darse a través de dolo¹⁷⁶ o a través de culpa. Así una persona puede emitir un discurso a través de la línea telefónica si ignorando que ésta va a ser comunicada a los demás pudo preverlo - caso de negligencia-, al realizar esta conversación privada pero dejando descuidadamente el interfono conectado¹⁷⁷. Como señala Paulo, “constituye culpa el no haber previsto algo, cuando pudo ser advertido por una persona diligente”¹⁷⁸.

Segundo, no debe aceptarse el anonimato¹⁷⁹, puesto que la atribución en estos casos se vuelve complicada de determinar: para responsabilizar al infractor de uno de estos derechos fundamentales debemos saber como cuestión básica quién manifiesta su discurso de manera directa.

Además, no podemos exigir en el país, en ningún caso, responsabilidad objetiva, puesto que de esa manera se estaría desconociendo, como en el caso de la información, la capacidad de verdad subjetiva, y no de objetiva¹⁸⁰. Es muy claro en este aspecto el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal que señala que “[q]ueda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”¹⁸¹.

3.2. La salvaguardia del respeto propio

Tras establecer que el titular de los derechos de comunicación del discurso los ha ejercido abusivamente -o los va a ejercer-, trataremos de encontrar la fórmulas que permitan al afectado mantener o reponer sus derechos de respeto propio. Ello para regresar y buscar conseguir la efectiva consistencia propia de la Constitución. Por eso, es menester del Ordenamiento brindarle al ciudadano las

¹⁷⁶ El mismo que no puede presumirse (“*dolus non praesumitur*” [ULPIANO. Digesto, 22, 3, 18, 1]).

El propio Código Penal es bastante claro: “[l]as penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley” (artículo 12). Si observamos los delitos que nos interesan (contra el honor, contra la intimidad y desacato), nos daremos cuenta que en ningún caso se exige culpa, razón por la cual debemos admitir que se considerará ejercicio abusivo penalmente relevante aquel que sea cometido con dolo.

¹⁷⁷ SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 146.

¹⁷⁸ O, “*culpa est quod, cum a diligente providere potuit, non est provisum*” [Digesto, 9, 2, 31].

¹⁷⁹ Como en las Constituciones de Venezuela, artículo 57 y Brasil, artículo 5.IV.

¹⁸⁰ Sobre este tema, Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. pp. 79 y ss.; en contra, María Luisa BALAGUER CALLEJÓN. El derecho fundamental al honor. Op. cit. p. 160].

herramientas de satisfacción para hacer frente a este vínculo horizontal de eficacia de los derechos fundamentales.

A través de la salvaguardia de los derechos de respeto propio lo que intentamos, al fin y al cabo, es mantener la eficacia auténtica de una Constitución entendida como una reunión ‘perfecta’ de derechos fundamentales. Todos y cada uno de ellos deben mantener una plena vigencia en la realidad, y en caso de la vulneración -o amenaza- de uno de ellos, se debe rápidamente devolver al posible afectado el pleno ejercicio de su derecho.

Para Häberle, los derechos se garantizan y refuerzan recíprocamente: la Constitución busca “garantizar la eficacia real de los derechos, sostener un proceso de vida inspirado en principios de libertad, al cual cada derecho aporta efectivamente su propia contribución correspondiente al propio contexto social”¹⁸². No olvidemos además que para el alemán no solamente en la Constitución se prescriben derechos sino también deberes constitucionales.

Para lograr esta integralidad de derechos, debe encontrarse la forma idónea de controlar los excesos por parte de los titulares de los derechos de comunicación del discurso en su ejercicio. “De otra forma, el derecho de información se convertiría en una cobertura formal para, excediendo el discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso de derecho al honor y a la intimidad de las personas, con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injustificadas por carecer de valor alguno en relación con el interés general del asunto”¹⁸³. Aunque mantener esta eficacia no es siempre fácil¹⁸⁴, lo que debemos evitar es, a todo momento, una ‘injerencia’ indebida¹⁸⁵.

¹⁸¹ Ésta fórmula fue asumida recién con el Decreto Legislativo 20680, pues antes con la Ley de Imprenta del 12 de noviembre de 1922 o la 9034 sí podía llegarse a este tipo de responsabilidad.

¹⁸² La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. pp. 66 y ss.

¹⁸³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Las libertades informativas en la Constitución española de 1978. Op. cit. p. 112.

¹⁸⁴ La principal dificultad se basa en que a diferencia de los resultados de los intercambios de mercado, las relaciones entre derechos individuales –esto, fundamentalmente en el caso de los derechos negativos o libertades– conformaban una relación de suma cero o negativa, es decir, que si una persona perdía un derecho o libertad no ganaba nada a cambio, nunca podría pensarse en la existencia de un equilibrio entonces. A veces no pasaba a nadie el derecho perdido o a veces iba al pasivo de una sola persona. Por eso, HERNANDO NIETO expresa que “[e]l gran problema de los derechos naturales no era otro que el de los conflictos de libertades o derechos que surgían –éstos

En general, esta salvaguarda ha sido materia de preocupación particular de la Constitución de Portugal, para la cual, “[l]a ley establecerá garantías efectivas contra la utilización abusiva, o contraria a la dignidad humana, de informaciones relativas a las personas y a las familias” (artículo 33.2)¹⁸⁶.

A continuación, vamos a mostrar dos modos en que se puede controlar el ejercicio abusivo de los derechos de comunicación del discurso, a favor de la vigencia efectiva de los de respeto propio. La primera es la clásica, la que según lo dijésemos en el Capítulo Segundo, era la más atractiva para las personas por su posibilidad de promoverlos: acudir al Poder Judicial para defender sus derechos. Pero inmediatamente después revisaremos la posibilidad de control de los medios de comunicación social, en específico de periodistas y propietarios, ya sea a través de alguna disposición legal o través del propio dominio que pueden realizar para evitar la afectación del honor y vida privada.

3.2.1. La tutela judicial

Si acudimos al Poder Judicial, lo podemos hacer para proteger nuestros derechos, ya sea de manera *ex - ante* o *ex - post*.

3.2.1.1. La protección *ex - ante*

sí- de su propia naturaleza ontológica y que hacían imposible que se pudiese dar un intercambio equitativo al momento de su realización” [¿Existen los derechos humanos? Op. cit. p. 334]. En fin, muchas mentes ilustradas pensaron en que se podría conseguir el equilibrio vía el desarrollo de la razón, lo cual nunca sucedió.

¹⁸⁵ El caso de la vida privada es explicado por la Jurisprudencia Comparada: “La amplitud del concepto de ‘injerencia’, contenido en el derecho a no ser molestado, que, a su vez, hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la intimidad personal o familiar, incluye los ruidos ilegítimos, no soportables ni tolerables normalmente por la persona en una sociedad democrática” [Sentencia T-454/95 de la Corte Constitucional colombiana, del 5 de Octubre de 1995, rec. por Pier Paolo MARZO. El derecho a la intimidad. Op. cit. punto 2]. Sin embargo, creemos que la protección frente a los ruidos molestos no afecta precisamente la intimidad, en cuanto ésta alude al resguardo de una cierta información, de forma que la prohibición de las injerencias arbitrarias debe entenderse como una prohibición al acceso de terceros a información personal.

¹⁸⁶ En el mismo sentido se expresa el artículo 220.3.II de la Constitución de Brasil, ya que se exige que a través de una ley federal, se garantice a la persona y a la familia la defensa frente a programas de radio y televisión. En general, En el Constitucionalismo Comparado se ha hecho mención a una protección a los derechos de respeto propio en caso de una posible vulneración (Constitución de Lituania, artículo 22.4: protección contra la interferencia arbitraria), sobre todo, si ésta proviene de los derechos de comunicación del discurso (Constituciones de Chile, artículo 19.4: cometida a través de un medio de comunicación social, Korea del Sur, artículo 21.4 y Costa Rica, artículo 29).

Los derechos fundamentales requieren de efectividad en la realidad. Para ello, muchas veces demandan una posibilidad de prevención ante un posible atentado frente a su vigencia en la realidad.

En el caso de la relación entre los derechos de respeto propio y de comunicación del discurso, el constituyente ha optado, respecto a la prevención de la afectación de los segundos hacia los primeros, por una fórmula no muy clara. Si por intermedio de la expresión o la información una persona está a punto de perjudicar derechos como el de la vida privada o el honor, el posible receptor del daño, ¿podría impedir esta afectación?

Por ejemplo, si va a publicarse una noticia falsa, se podría restringir la difusión del discurso puesto que esta medida estaría dentro de la lógica de protección de los derechos fundamentales. Pese a esto debemos a tomar en cuenta que además de la propia norma constitucional, en concordancia con las disposiciones internacionales, reconoce a los derechos de comunicación del discurso sin ningún tipo de impedimento para la difusión del mensaje. Entonces si de un lado se evita el 'control previo', de otro no se permite ningún tipo de condición para el ejercicio de estos derechos.

La posibilidad de controlar previamente la comunicación de un discurso puede verse recogida en el Ordenamiento nacional, básicamente a través de dos mecanismos, uno constitucional y otro legal.

El primero es el Amparo preventivo, que se encuentra en el artículo 200.2 de la Constitución, dentro de las Garantías Constitucionales. Su desarrollo legislativo se encuentra dentro de la Ley 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo. De otro

lado, existe una norma bastante peculiar de nuestro Código Procesal Civil, en la que se protege un supuesto de la vida privada como una medida innovativa. Esta resguardo puede darse de manera preventiva.

Sobre la posibilidad genérica de protección, se encuentra el artículo 200.2 de la Constitución, referido al Amparo (“procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que [...] amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución”). En el mismo sentido se expresa la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, Ley 23506, siendo especialmente claro el artículo 1, según el cual el Amparo tiene por fin “reponer las cosas al estado anterior a la [...] amenaza de violación de un derecho constitucional”.

El Código Procesal Civil, dentro del marco de las medidas innovativas¹⁸⁷, señala que en caso de pretenderse “el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida persona o familiar [...], puede el Juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada” (artículo 686)¹⁸⁸. La norma presenta dos supuestos: el reconocimiento y el restablecimiento, siendo de nuestro interés el primero de ellos, puesto que a través de él se protege ante la amenaza de vulneración.

Sin embargo, frente a ambas propuestas¹⁸⁹ existe una norma muy clara por parte de la Constitución (artículo 2.4) según la cual está proscrito todo tipo de control previo del contenido del discurso.

¹⁸⁷ Las cuales tienen como artículo base el 682, el cual señala que “[a]nte la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de derecho o de derecho cuya alteración vaya a ser [...] sustento de la demanda”.

¹⁸⁸ Para MORALES GODO, “con estas medidas no se está censurando la libertad de expresión, ni se está contrariando la norma constitucional que protege dicha libertad, sino que se está fijando un límite, ya que de lo contrario estaríamos en el terreno del abuso del derecho y en algunos casos en una manifiesta colisión de derechos con la intimidad de las personas” [El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 333; en la misma línea, Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BISCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 125].

¹⁸⁹ Antes existía una posibilidad más de control judicial previo. El Código de Procedimientos Penales señalaba en su artículo 317 que “formulada la denuncia y en tanto no se defina la situación jurídica del denunciado o inculpado, las partes no harán uso de los medios de comunicación social para referirse a sus respectivas personas y/o al hecho o dicho imputado, relacionados con el proceso”. Sin embargo, a raíz del caso Fernando Zevallos c/ Nicolás Lúcar y otros, la norma fue derogada a través de una ley de interpretación constitucional dada por el Congreso (Ley 26773, de 1997), luego de que el Defensor había interpuesto una acción de Inconstitucionalidad (explicada en el Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1996 –1998. Op. cit. pp. 301 y ss., señalando que este artículo violentaba el principio de presunción de inocencia), tras lo cual el Tribunal había señalado la sustracción de la cosa juzgada, razón por la cual no se pronunció sobre el fondo (Sentencia S-333, del 18 de abril de 1997, Expediente n° 020-96-I/TC, procede de Lima, rec. por Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Op. cit. t. II, p. 1011). Sobre este tema revisar, Roberto MEJÍA. El periodismo tiene mucho que decir. Op. cit. p. 08; Elvito RODRIGUEZ DOMÍNGUEZ. La libertad de prensa. En: Gestión. Sección Opinión. Lima, 29 de abril de 1997. p. 25 (quien critica duramente la forma en que el Congreso ‘interpretó auténticamente’ la norma constitucional).

Esta imposibilidad como norma de fuerte arraigo latinoamericano¹⁹⁰, se basa quizás en la *ocassio legis* de la vulneración de los derechos de comunicación del discurso por parte de los gobiernos, sobre todo de los dictatoriales. En el caso peruano, la experiencia nefasta de los Estatutos de Prensa durante la conducción del país por parte de los militares hace que los medios de comunicación social vean con reparos cualquier tipo de control previo del discurso a emitirse.

Nuestra Norma Constitucional señala que el ejercicio de los derechos a la expresión y a la información se realiza “sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos” (artículo 2.4). En general, este control debe entenderse, según Sagüés, como “cualquier acto u omisión que inhabilite la publicación de algo (incluyendo la no provisión de papel, la intervención arbitraria a una empresa periodística) o que tienda a influir en esa publicación (p. ej., propaganda discriminatoria del Estado o presiones sobre el medio) o que dificulte que el producto informativo llegue normalmente a la sociedad”¹⁹¹.

Justamente, sobre la diferenciación propuesta por nuestra Constitución, se pronuncia Bernales Ballesteros, proporcionándole a cada uno de estos supuestos un contenido particular¹⁹²:

Además, FERNÁNDEZ SESSAREGO cuenta que, al haber sido ponente del Libro Primero, propuso a la Comisión Revisora del Código Civil de 1984 un texto alternativo al actual artículo 17, referido directamente a los derechos de respeto propio, según el cual “[e]l juez, a solicitud y por cuenta del interesado, puede ordenar la cesión de un hecho potencialmente susceptible de causar daño a la persona o la paralización de la actividad generadora del daño, siempre y cuando que se encuentre verosimilmente acreditado”. En este texto se hace clara alusión a la acción inhibitoria [Derecho de las personas. Op. cit. pp. 70 y 71].

¹⁹⁰ Aparte de la norma nacional, aparece en las Constituciones de otros países de la región, como en Costa Rica, artículo 29, Honduras, artículo 72, Chile, artículo 19.12, Argentina, artículo 14.e, Paraguay, artículo 26 (sobre todo, legal), Nicaragua, artículo 67, México, artículos 6 (básicamente, judicial y administrativa) y 7, República Dominicana, artículo 8.6, Brasil, artículos 5.IX, 220.1, El Salvador, artículo 6, Panamá, artículo 37, Colombia, artículo 20.b, Uruguay, artículo 29 y Guatemala, artículo 35.

Pero además de los latinoamericanos, está reconocida en países que han sufrido también los embates de los gobiernos en su intento por controlar el mensaje del discurso. Entre otras, Constituciones de Congo, artículo 27.3, Croacia, artículo 3, Alemania, artículo 5.1, Chechenia, artículo 50.1, Dinamarca, sección 77, Rusia, artículo 29, Japón, artículo 21.2, Finlandia, sección 10.1, Italia, artículo 21.2, Estonia, artículo 45.2, Kazakstán, artículo 20.1, España, artículo 20.2, Korea del Sur, artículo 21.2, Letonia, artículo 30.1, Luxemburgo, artículo 24, Andorra, artículo 12 (ni control ideológico del discurso), Angola, artículo 35, Azerbaiyán, artículo 50, Bielorrusia, artículo 33.3, Bulgaria, artículo 40.1, Portugal, artículo 37.2, Egipto, artículo 48 y Etiopía, artículo 29.3.

¹⁹¹ Cit. por DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Acción de Inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 317 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Ley 22633.

¹⁹² La Constitución de 1993. Op. cit. p. 99.

- i. Autorización previa: consiste en solicitar permiso a alguna autoridad para ejercer el derecho¹⁹³, la que podría no concederlo sin mediar razón alguna.
- ii. Censura previa: se da en la revisión de aquello que se va a informar, opinar, expresar o difundir, con la opción del veto¹⁹⁴.
- iii. Impedimento previo: se refiere a la implementación de algún obstáculo¹⁹⁵ o prohibición para ejercer estos derechos.

Pero en general, el sentido de la imposibilidad de control previo no sólo ha sido preocupación de la doctrina¹⁹⁶ sino también del Derecho Internacional¹⁹⁷. Sobre esto último, mejor repasemos lo que explica la Corte Interamericana: “la prohibición de la censura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención”¹⁹⁸.

¹⁹³ El permiso, sin embargo, no se convertirá en un control previo si ello es necesario en virtud de la naturaleza del derecho. Así, la televisión y la radio exigen ondas electromagnéticas para su transmisión y esta normalmente es otorgada por el Estado. Lo que sí sería inadecuado es que el gobierno se aproveche de esta situación para intervenir indirectamente en el contenido del discurso que se vierta.

Así, en muchas Constituciones no se considera esta licencia como parte del control previo: Chipre, artículo 19.5, Azerbaiyán, artículo 10 (funcionamiento técnico de telefonía, telegrafía, postes, radiodifusión inalámbrica o televisión), Brasil, artículo 223 (otorgar y renovar concesiones, permisos y autorizaciones para el servicio de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes), Guatemala, artículo 35 (imposibilidad de ser usada como censura indirecta), y Convenio Europeo, artículo 10.1 (“no impedirá a los Estados someter a las empresas difusoras, de televisión o cinematográficas a un régimen de autorización”). Sin embargo, el caso brasileño ha ido más lejos, al no considerar como parte del control previo la autorización para el funcionamiento de los medios escritos (artículo 220.3.II.6).

Asimismo tampoco han sido considerados como control previo, el recojo de material impreso. En este sentido, las Constituciones de Chipre, artículo 19.5 (se requiere autorización del Fiscal General de la República y confirmación por auto del Tribunal competente, en un periodo de 72 horas) y Bulgaria, artículo 40.2.

¹⁹⁴ Según la Enciclopedia Microsoft Encarta, la palabra ‘censura’ nos lleva a pensar en una “revisión realizada por un funcionario del Gobierno, denominado censor, sobre todo tipo de publicaciones, películas o mensajes publicitarios y que conlleva la proposición, en determinados casos, de que se modifiquen o prohíban. La censura es una institución jurídica que condiciona y regula la ‘emisión y difusión del pensamiento” [versión 1998 ©. Microsoft Corporation, 1993-1997].

¹⁹⁵ Entre ellos no puede considerarse la estipulación de las condiciones de trabajo a los periodistas (Constitución de Chipre, artículo 19.3).

¹⁹⁶ Entre otros, Enrique GÓMEZ-REINO Y CARNOTA. La libertad interna de los medios privados de comunicación social. Op. cit. p. 23 (entendida como una ‘*freedom from prior restraints*’); Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 08; Fernando GUZMÁN. Libertad de Conciencia, Derecho a la Vida y Libertad de Expresión y otros temas de Derecho Público en Spinoza y el Averroísmo Augustiniano. Op. cit. pp. 252 y ss.

¹⁹⁷ El artículo 2.4 de nuestra Constitución está en concordancia con las normas internacionales, según las cuales cada uno de los derechos de comunicación del discurso “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores” (artículo 13.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

¹⁹⁸ CORTE AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 38.

Pero también se ha referido al tema, la Comisión de la ONU sobre derechos humanos, para el cual la posibilidad amplia de controlar el discurso “puede dar origen a serios abusos al poderse interpretar por las autoridades que cualquier crítica al Gobierno se encuentre prohibida” [Informe Nicaragua (1981)].

Entonces, a salvedad de un caso previamente enumerado, la interdicción de la censura previa es absoluta; ello no lo prevé ni la Convención Europea ni el Pacto sobre Derechos Políticos y Civiles. Esto “constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma”¹⁹⁹.

Entonces, como vemos, de un lado, se procura una protección de un derecho (honor o vida privada) ante su inminente vulneración por parte del ejercicio abusivo de otro (expresión o información) y de otro, se niega la posibilidad de control previo de cualquier tipo de discurso, así éste afecte a otro derecho (por ejemplo, de respeto de propio). Pero, ¿cómo debe resolverse esta aparente gran dificultad que se origina en la propia Constitución?

La respuesta debemos encontrarla en una correcta interpretación de estas normas presentes en la Constitución, aunque para esta actividad no podemos contar con el apoyo de nuestra judicatura, que hubiese sido sumamente importante, ya que si bien tuvo las oportunidades de mostrar su punto de vista, casi siempre rehusó a su responsabilidad²⁰⁰, a diferencia del Derecho extranjero

¹⁹⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA. Informe 11/96, caso nº 1 230 (Francisco Martorell c/ Chile), 3 de mayo de 1996; en igual sentido, Informe Anual 1982-1983. p. 22; Informe Cuba (1983). pp. 90 y 91, párr. 30 y 35.

En la misma línea, se expresa el Relator, quien ha señalado que a través de la imposibilidad de censura previa no se puede vulnerar los dos ámbitos de protección de estos derechos [Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión. Op. cit. p. 21].

²⁰⁰ Así, sobre el Caso Genero Delgado Parker y otros c/ Ramón Ramírez Erazo y Wilfredo Ramírez Romero, ya nombrado, quisiéramos hacer una acotación. Los peticionarios señalaban en su escrito de demanda que debía “destacarse que al finalizar la página 13, se consigna, tal cual ocurre en este tipo de notas falsas y difamatorias que ‘continuará’, expresándose así, además de la violación flagrante del derecho constitucional al honor, buen reputación, intimidad familiar y a la propia imagen, la voluntad y/o amenaza de continuar con la violación de tales derechos en nuestro agravio”. Sin embargo, el juzgador olvidó de sentenciar en este aspecto. Comentando este hecho, MORALES GODO, señala que “con mayor razón era procedente la Acción de Amparo toda vez que existía la amenaza de continuar con los agravios a los demandantes” [El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 174].

Otro caso paradigmático ha sido el de Gisela Valcárcel c/ Carlos Vidal, respecto al libro de La Señito. Según se sabía iban a ser publicadas tres partes, pero el juzgador impidió la publicación de la segunda luego de aceptar una medida innovativa presentada por la parte afectada. Si bien esta solución es una pauta a seguir, el juzgador no sustentó -cosa no muy rara en nuestro sistema- su sentencia. Debemos tener en cuenta que en el Derecho Comparado sí se permite el secuestro de una publicación si existe una resolución judicial (Constitución de España, artículo 20.5). Para LÓPEZ DÍAZ, “se tratará de medidas que impidan o hagan cesar inmediatamente la intromisión ilegítima en los derechos al honor o a la intimidad, dependiendo del caso de que se trate” [El derecho al honor y a la intimidad. Op. cit. p. 32].

La sentencia más clara resulta aquella en la cual el Tribunal Constitucional ha señalado que deben vedarse todos los medios de control “al no actuar con carácter preventivo, siempre han de operar en nuestro ordenamiento jurídico como mecanismos reparadores a activarse en la vía judicial ordinaria” [Sentencia del 02 de abril de 1998, Expediente 666-96-HD/TC, rec. por El Peruano, 08 de julio de 1998, pp. 925 y 926].

que sí ha tomado partido sobre una solución ante problemas similares, tal como lo veremos a continuación. Lo único que podemos afirmar es que la solución a la que arribaremos deberá estar acorde con los planteamientos de las Teorías de los Derechos Fundamentales.

Si bien para algunos la existencia de una cláusula como la de la imposibilidad de la censura previa, refleja una intención del constituyente de darle un cierto valor superlativo a los derechos de comunicación del discurso al ir esta solución en desmedro de los otros derechos fundamentales y su protección previa²⁰¹, creemos que esta ‘opción’ de preferencia asumida desde la propia Constitución a través de una limitada interpretación literal (se basa solamente en lo que el enunciado normativo señala y no en el sentido real de la norma), debe ser tomada con pinzas.

A partir del parámetro constitucional de concordancia interna y gracias al sentido de coherencia y plenitud de la Constitución, no puede asumirse la ineficacia parcial de un derecho fundamental. Así, si a alguien lo han filmado sigilosamente en la habitación de un hotel con su pareja pero antes de que se emita el programa televisivo que lo va a hacer público, uno se entera de esa captación de imagen, lógicamente querrá impedir su reproducción, pero, ¿por qué esperar hasta que se evapore nuestra vida privada al ser conocida por todos para darle recién una protección posterior?

²⁰¹ Para CHIRINOS SOTO, constituyente y periodista, si esta censura está terminantemente prohibida, “no puede pretenderse que, ulteriormente, la misma Constitución abra las puertas para introducir cualquier especie de censura. La Constitución no puede entrar en contradicción con ella misma” [Constitución de 1993. Op. cit. p. 27; además, MANCROFT, cit. por Miguel Ángel EKMEKDJIAN y Calogero PIZOLLO. Hábeas Data. Op. cit. pp. 12 y ss.; José Carlos UGAZ SANCHEZ-MORENO. Algunos apuntes sobre la conflictiva relación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor en el Perú de hoy. Op. cit. pp. 28 y ss.

Si tomamos en cuenta que la imposibilidad de censura previa -hemos preferido usar el término de ‘control previo’ por ser más amplio- es una garantía de los derechos de comunicación del discurso presentado bajo la forma de una regla, podemos encontrarnos que ésta no puede ser ilimitada o general. La intención de su existencia es muy clara: no existirá control administrativo²⁰², político ni económico²⁰³. Pero no puede ir más allá: los defensores de estos derechos no pueden irrogarse atribuciones que el constituyente no le ha provisto.

Tras señalarse la efectividad de las medidas que sirven “para prevenir o impedir intromisiones ulteriores”²⁰⁴, no deben concebirse “como instrumentos que permitiesen al juez, con toda amplitud y sin problemas de interpretación, hacer cesar, sancionar y aún prevenir cualquier tipo de daño cometido o que potencialmente pudiera cometerse contra la persona”²⁰⁵. Además, tal como inicialmente propone Serna, el artículo 13.2 de la Convención Americana -y lo mismo podemos decir del 2.4 de nuestra Constitución- “no dice expresamente que sólo sea posible imponer responsabilidades posteriores”²⁰⁶. También coincidimos plenamente con la conclusión a la que llega Eguiguren Praeli respecto a este tema: “no puede adoptarse una interpretación literal, amplia y rígida de la noción de censura previa, que involucre dentro de ésta a una decisión judicial de amparo destinada a proteger el derecho a la intimidad”²⁰⁷. En caso contrario, estamos protegiendo un ‘derecho a medias’²⁰⁸.

²⁰² Un buen ejemplo de este tema es la Sentencia de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público, del 09 de octubre de 1998, según la cual se deja sin efecto las actas de clausura de dos cines (Colón y República) impuestas por la Municipalidad de Lima Metropolitana basándose en que solamente emitían películas pornográficas, puesto que “catalogar dichas películas de ‘atentatorios de la moral y de la buena costumbre’ se está efectuando una revisión de aquello que se está difundiendo (léase películas), lo que constituye una censura, violándose así la libertad de difusión” [Resolución 922, Expediente 1003-98, rec. por El Peruano, viernes 04 de diciembre de 1998, pp. 3132 y 3133].

²⁰³ Este triple sentido de la imposibilidad de censura previa es recogido por Néstor Pedro SAGÜÉS. Derecho constitucional y Libertad de Prensa: Nuevas Perspectivas. En: INSTITUTO DE DIVULGACIÓN Y ESTUDIOS JURÍDICOS CONSTITUCIONALES. Doctrina Constitucional. Trujillo: Libertad, 1992. p. 20; en un sentido similar, Fernando PANTALEÓN. La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa. En: Derecho Privado y Constitución. Madrid, año 4, n° 10 (sep. – dic. 1996). p. 215 (‘censura previa’ es condicionar la publicación de una información al previo pláacet de la autoridad, pero *no lo es, en absoluto, que un juez [...] prohíba la publicación difamatoria objetivamente falsa o lesiva del derecho a la intimidad personal*”).

²⁰⁴ SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 383; asimismo, Modesto SAAVEDRA LÓPEZ. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 123.

²⁰⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas. Op. cit. p. 66.

²⁰⁶ La llamada ‘censura previa judicial’ y el Derecho Constitucional argentino. En: SECRETARÍA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Liber Amicarum: Héctor Fix-Zamudio. San José: CIDH, 1993. vol. II, p. 1427.

²⁰⁷ La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. p. 71.

Por eso, concluimos que el control previo no incluye la ‘revisión anticipada judicial’ de un caso referido a los derechos de respeto propio, tal como propone la Constitución de Kazakstán en su artículo 20.5, y reconoceremos que “la ‘ética del tiempo’, de la responsabilidad y el ejercicio oportuno del conocimiento, ha de ir estrechamente vinculada a la necesidad de prevenir, a la capacidad de anticiparse a los hechos”²⁰⁹.

Dentro de doctrina podemos tener dos argumentos para considerar lo limitado del control previo:

- si lo consideramos como una garantía de un derecho fundamental -bueno, de dos derechos fundamentales-, si hemos asumido desde los capítulos iniciales que el carácter limitado de este último, un resguardo para su ejercicio también debe ser considerado en esta misma línea: tanto derecho como garantía están condicionados por el resto de normas constitucionales.
- si consideramos al control previo como una regla que coadyuva el contenido de un principio como puede ser la expresión o la información, todo esto según la teoría argumentativa, y observamos la norma del artículo 200.2 -referida al Amparo- también como una regla, entraríamos a un conflicto de reglas y, según lo estudiamos, la satisfacción a este caso se da o través de la eliminación de una de ellas o introduciendo una excepción; esta última debe ser la solución adecuada y aparecerá entonces una regla final como la que sigue: ‘toda persona ejercitará sus derechos a la expresión y a la información sin previa autorización, ni censura ni impedimentos algunos, **salvo que** exista un hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución’, dentro de los cuales lógicamente encontraremos a los de respeto propio.

En cualquiera de los dos supuestos presentados, asumimos de un lado el sentido y respeto por ‘todos’ los derechos fundamentales, en un sentido de ‘integralidad’, y de otro, llegamos a la misma conclusión: los márgenes adecuados del control previo.

²⁰⁸ ZANNONI, Eduardo A. y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 124.

²⁰⁹ MAYOR, Federico. Medios de comunicación y cultura de paz. Op. cit. p. 11.

Y recogiendo lo que dice Abad Yupanqui -aunque refiriéndose a la medida cautelar en el Amparo y retomando la Teoría Procesal-, para que se puede hacer un control judicial previo se requieren de los siguientes requisitos²¹⁰:

- i. Apariencia del derecho invocado -*fomus bonis juris*-: existencia de verosimilitud, acreditada sumariamente, de que se va a afectar el honor o la vida privada del demandante.
- ii. Peligro en la demora -*periculum in mora*-: requerimiento de actuación judicial urgente para impedir el daño producido por el ejercicio abusivo por la comunicación del discurso.
- iii. Irreparabilidad del daño: necesidad de estar ante un agravio considerable, con imposibilidad de revertir una situación jurídica al estado en que se hallaba antes del agravio.

Por ende, el reconocimiento de la imposibilidad de control previo del discurso debe ser restrictivo, no amplio. El control judicial está plenamente justificado si es que media la salvaguardia de otro derecho fundamental: si se sabe que el titular de un derecho va a ejercerlo abusivamente, el Ordenamiento no puede permitir que, a través de éste, se afecte otro.

A esta solución llega la Constitución de Angola, la cual señala en su artículo 35 que “[l]a manera del ejercicio de libertad de la prensa y provisiones adecuados para prevenir y castigar algún abuso de eso se regulará por la ley”.

En otros casos, se han propuesto diversos límites al control previo de la información y la expresión. Entre ellos aparecen, el orden público²¹¹, los valores éticos y culturales de la sociedad²¹², la incitación a un fuerte cambio

²¹⁰ La medida cautelar en la Acción de Amparo. En: Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, n° 43-44 (dic. 1989 – dic. 1990), pp. 410 y ss.

²¹¹ Constitución de México, artículo 6

²¹² Constitución de Honduras, artículo 75

constitucional²¹³, la prevención de la comisión de un delito²¹⁴, el control a la apología del crimen²¹⁵, la vigilancia de la incitación de la violencia²¹⁶, el control de propaganda²¹⁷, la seguridad pública²¹⁸ o la moral²¹⁹. Además, existe una limitación exigible directamente el país, como es el control de los espectáculos públicos respecto a los menores²²⁰. Sobre el caso específico de los derechos al honor y a la vida privada, se ha señalado como límites los derechos de las personas²²¹ y ha sido desarrollado por alguna Jurisprudencia Comparada.

En general, tal como la Jurisprudencia Comparada lo ha propuesto, algunas restricciones previa a la comunicación de un discurso, lejos de considerarse como un control puede ser una ‘necesidad en una sociedad democrática’²²².

Entonces, la aptitud del control previo debe ser reconocida plenamente. Su reconocimiento y vigencia dentro del Ordenamiento es substancial e imprescindible para la protección de derechos como los de respeto propio. Además, aunque si lo que se buscara a través de su ausencia es la protección real de la comunicación del discurso, ello se desdice completamente con la actividad de los gobiernos peruanos, sobre todo del actual, puesto que muchas veces -y sin razón jurídica válida-, han intentado controlar los mensajes, según sus intereses y evitando la crítica hacia ellos (lo cual no debe permitirse más en el país). Además, tampoco lograremos la efectividad de su práctica dando la posibilidad a los medios de comunicación social (en especial, a los periodistas que

²¹³ Constitución de Bulgaria, artículo 40.2

²¹⁴ Constituciones de Bulgaria, artículo 40.2 y México, artículo 6.

²¹⁵ En Jurisprudencia Comparada: Caso Verbitsky, Sala I de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, 1988-C-247, Argentina, rec. por Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. pp. 148 y ss.

²¹⁶ Constitución de Bulgaria, artículo 40.2.

²¹⁷ Constituciones de Honduras, artículo 75 (bebidas alcohólicas y consumo de tabaco) y Chile, artículo 19.12.f (sobre todo, publicidad de producción cinematográfica).

²¹⁸ Constitución de Egipto, artículo 48 (en caso de guerra).

²¹⁹ Constituciones de Bulgaria, artículo 40.2 (decencia pública) y México, artículo 6.

²²⁰ Según el artículo 13.4 del Pacto de San José de Costa Rica, “[l]os espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”. Esta norma es la única que contiene una restricción al control previo y que es aplicable al Perú. En idéntica línea, Constituciones de El Salvador, artículo 6 y Brasil, artículo 220.3.1 (corresponde a la ley Federal regular las diversiones y espectáculos públicos, y al Poder Público informar sobre su naturaleza, los límites de edad para los que se recomiendan, los locales y horarios en que su presentación se muestre inadecuada). Sobre la protección a la infancia, adolescencia y juventud, Constitución de Honduras, artículo 75.

²²¹ Constituciones de Honduras, artículo 75 y México, artículo 6.

trabajan en él) de afectar indiscriminadamente los derechos de los demás, al impedirle a estos últimos su protección preventiva.

El único inconveniente que podría existir respecto a esta defensa anticipada de los derechos de respeto propio, será nuestro Poder Judicial²²³. Si éste gozara de confianza por parte de la ciudadanía y de los propietarios y periodistas de los medios de comunicación social, no existiría problemas de aceptación de nuestra solución, por estar arreglada a la Constitución. Sin embargo, como señalásemos en el Capítulo Primero, su intervención por parte del gobierno hace que su actuación esté reñida con la independencia. Por eso, podría utilizarse el mecanismo jurisdiccional para acallar al periodismo independiente y crítico. En este supuesto, no estaríamos negando la situación real de protección de derechos o la vigencia de la imposibilidad de control previo, sino criticando la facultad del administrador de justicia, lo cual se escapa de nuestras manos, más aún si tomamos en cuenta que en el Perú de hoy el control de los medios de comunicación social no da exactamente por vías directas sino indirectas.

El control previo no sólo puede directo sino también indirecto²²⁴. Justamente en las últimas elecciones presidenciales hemos visto cómo es posible controlar

²²² Caso Sunday Times, Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, del 26 de abril de 1979, rec. por Jordi BONET. El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 136.

²²³ Discrepamos por lo tanto con FERNÁNDEZ ARCE cuando señala dentro de la Quinta Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, del 25 de enero de 1993, que “[l]os magistrados no tienen facultades legislativas, los magistrados aplican la ley, de manera que si el Parlamento no puede dictar normas que vayan contra esta libertad de expresión que tiene el periodista, obvio los jueces si aplican normas que no están establecidas en las leyes están prevaricando”. Y esto lo decimos porque el juez puede ‘interpretar’ una norma en un sentido positivo, creador de normas.

²²⁴ En este sentido, la Convención Americana, artículo 13.3, según la cual “[n]o se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

El tratamiento del control previo indirecto, ha sido realizado por las Constituciones de la manera más diversa: Guatemala, artículo 35 (a través de concesión), Honduras, artículo 74 (abuso de controles oficiales o particulares del material usado para la impresión; de las frecuencias o de enseres o aparatos usados para difundir la información), Portugal, artículo 38.5 (ningún régimen administrativo o fiscal ni la política de crédito o de comercio exterior podrá afectar directa o indirectamente estos derechos, debiendo la ley garantizar los medios necesarios para la salvaguardia de la independencia de la prensa ante los poderes político y económico), Paraguay, artículo 27 (se prohíbe toda práctica discriminatoria en la provisión de insumos para la prensa, así como interferir las frecuencias radioeléctricas y obstruir, de la

previamente un discurso sin acudir al clásico método judicial revisado²²⁵. Entonces, los peruanos no pudimos tener acceso a un tipo de información y de expresión, debido a que se ha controlado indirectamente la emisión de dicho discurso y todo esto de manera preventiva.

Justamente es la afectación de los derechos de los periodistas y propietarios de los medios lo que se debe proteger a través del impedimento de control previo, ya sea de manera directa e indirecta²²⁶. Una norma como la del artículo 2.4 está dirigida esencial a proteger el supuesto de hecho de difusión del discurso pero en la relación entre los titulares mostrados y el Estado; no tiene sentido si es para coadyuvar el ejercicio abusivo de estos derechos para afectar al titular de otros como pueden ser el de respeto propio.

Si se asume la preocupación del constituyente en evitar cualquier tipo de atropello por parte del Poder Judicial en el caso del discurso a ser emitido, no sería necesario una norma como ésta puesto que igual sigue siendo todo el sistema gubernamental, la espada de Damocles que pende sobre periodistas y propietarios de medios de comunicación social para que apoyen al régimen.

El problema no es proteger preventivamente o no los derechos de respeto propio, puesto que dentro de la lógica constitucional, y su 'perfección', este tema no sería materia de la menor discusión, sino básicamente lo esencial para la vigencia no sólo de los derechos de comunicación del discurso sino también de todo el Orden

manera que fuese, la libre circulación, la distribución y la venta de periódicos, libros, revistas o demás publicaciones con dirección o autoría responsable).

²²⁵ Los métodos actuales son más sutiles: el secuestro de toda la televisión de señal abierta (se dedicará a ensalzar la virtudes del régimen, a no criticarlo y a atacar a los candidatos de oposición), el retiro del aire de una radio 'peligrosa' (antes de que se pudiese escuchar a uno de los periodistas opositores al gobierno más temidos por Fujimori, como es César Hildebrant, se embargó los aparatos esenciales para la emisión de la señal radial) o la pérdida de la nacionalidad de un empresario televisivo cuando se había convertido en un impetuoso crítico del régimen (caso de Baruch Yvcher).

²²⁶ Por eso señala SERNA que "la admisión de la tutela judicial preventiva puede generar una gran inseguridad, o convertirse en un medio de control indirecto por parte del gobierno, esto es, puede llegar a cumplir las mismas funciones, ajustadas a los mismos fines, que la censura previa" [La llamada 'censura previa judicial' y el Derecho Constitucional argentino. Op. cit. vol. II, p. 1429].

Constitucional del país, es que se ‘invente’ una forma para que la injerencia del Poder Judicial se aleje de la realidad y pase a ser solamente un mal recuerdo de nuestra vida republicana.

3.2.1.2. La protección *ex - post*

En lo que sí no existe discusión alguna es sobre la posibilidad de protección posterior para salvaguardar los derechos de respeto propio ante el ejercicio abusivo de los derechos de comunicación del discurso. Los remedios que nos brinda el Ordenamiento son diversos, ya que éstos pueden venir del ámbito constitucional pero también desde el administrativo, el civil o el penal.

La Constitución es muy clara en el tema al señalar que se protegen los derechos de respeto propio, pero el titular del derecho será consciente que en caso los ejercite abusivamente se encontrará “bajo las responsabilidades de ley” (artículo 2.4)²²⁷.

A. El modelo de salvaguardia

El tipo de responsabilidades a las que nos deriva la norma revisada será de muy diverso tipo pero debemos rescatar aparte de la constitucional, la civil y la penal. En este sentido entenderemos la frase ‘responsabilidades de ley’.

Para Bernaldes Ballesteros las responsabilidades podrán ser aparte de las civiles (indemnizaciones por daño causado) y penales (en concordancia con las sanciones previstos en la legislación), también administrativas (por ejemplo, multas)²²⁸.

²²⁷ Sobre la responsabilidad ulterior, sin especificar el instrumento a usarse, también las Constituciones de Venezuela, artículo 57 (quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado), Honduras, artículo 72, Chile, artículo 19.12, Portugal, artículo 37.3 y Nicaragua, artículo 67.

Entonces, “guardaos, pues, de murmuraciones inútiles, preservaos de la lengua mal hablada, porque la palabra más secreta no quedará impune, y la boca embustera da muerte al alma” (Sabiduría, 1,11).

²²⁸ La Constitución de 1993. Op. cit. p. 99; en un sentido similar, Eduardo NOVOA MONREAL. El derecho a la vida privada y la libertad de información. Op. cit. pp. 114 y ss.

Además, en Jurisprudencia Comparada se ha señalado, respecto a los derechos de comunicación del discurso, que puede determinarse responsabilidad a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles puesto que estos derechos no pueden “extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran [...] el honor de las personas”²²⁹.

a. A nivel constitucional

Nuestra Constitución ofrece al particular tres herramientas para salvaguardar el respeto propio. Son dos garantías y un procedimiento específico. De ellos hablaremos más cuando tratemos casos específicos en el Capítulo Sexto.

Creemos que el instrumento idóneo para proteger los derechos al honor y a la vida privada es el Amparo. Este proceso constitucional permite la protección de todo derecho fundamental que no sea de libertad, tal como lo expresa el artículo 200.2 de la Constitución y el artículo 24.22 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

A través de él se logrará la reposición de las cosas al estado anterior de su vulneración, aunque no podemos negar para el caso de los derechos de respeto propio, las complicaciones existentes.

Aunque no parezca cierto, si tomamos en cuenta que estos derechos son clásicos derechos fundamentales estando reconocidos en el artículo 2 de la Constitución, en alguna oportunidad se ha dudado de la capacidad del Amparo como medio de tutela del respeto propio. Así, dentro del caso de la Jurisprudencia Nacional,

²²⁹ Caso Julio Campillay c/ La Razón y otros, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (1986-C-411), rec. por Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. pp. 49 y ss.

Genaro Delgado Parker y otros c/ Ramón Ramírez Erazo y Wilfredo Ramírez Romero, el Juez de Primera Instancia consideró que la vía pertinente para la protección de derechos fundamentales como el honor y la vida privada no era la constitucional (Amparo) sino la penal, por lo que resolvió declarando improcedente la demanda; felizmente la Corte Superior corrigió dicha decisión²³⁰.

En estricto, el Amparo debe convertirse en una eficiente forma de protección de los derechos de respeto propio, pero creemos que lo que ofrece a la persona no es tan atractivo en comparación con lo que pueden hacer los otros instrumentos del Ordenamiento. Y esto se da así tanto por los efectos que puede traer consigo su sentencia como por la poca confianza en su capacidad para resolver el problema.

La otra garantía constitucional que también nos puede servir es el Hábeas Data, considerado por algunos como un Amparo especializado. Esta novedosa figura²³¹ ha sido desarrollada por primera vez en la Constitución de 1993 (artículo 200.3). Sin embargo, su uso ha sido hasta el momento poco usado.

Si bien la experiencia no es novedosa, sí lo es el tratamiento y el nombre dado por los latinoamericanos: Hábeas Data. Respecto a esta denominación, Espinoza Espinoza señala que “al crear (o reconocer) este nuevo hijo (que, en todos los ordenamientos precedentes [europeos], tiene en común una tutela pormenorizada y no este nombre), no sólo se le ha pretendido perennizar con esta identificación

En otros países se han mostrado diversas salidas al problema: acción de cesación, acción de abstención, réplica, difusión de sentencia e indemnización de perjuicios causados [SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 383].

²³⁰ Sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Acción de Amparo, rec. por Juan MORALES GODÓ. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. pp. 171 y 172.

“Los hechos que sirven de sustento a la acción incoada se refieren a afirmaciones agraviantes al honor de los accionantes que, por evidentes y flagrantes corresponde hacer efectiva la responsabilidad que señala el precepto constitucional acotado, en vía de acción privada, con arreglo a lo dispuesto en el artículo ciento treintiocho del Código Penal concordante con el artículo treintidós del mismo texto, y no en vía de acción de garantía”. Sin embargo, para la Sala Civil de la Corte Superior de Lima la respuesta debe ser la contraria, revocando la sentencia y reformándola la declara fundada, puesto “que conforme al artículo segundo de la ley veintitrés mil quinientos seis las acciones de garantía proceden cuando se violan o amenacen violar derechos constitucionales [...]; y, que si bien los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social que agravan el honor, la buena reputación, la intimidad personal y familiar y la imagen de las personas, se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común por acción privada [...], ello no impide ni enerva el derecho de quien se sienta agraviado por una acción que importe la violación de los derechos que le reconoce la Constitución en esos mismos aspectos, de recurrir al ejercicio de las acciones de garantía, según el artículo segundo de la ley veintitrés mil quinientos seis y lo corrobora en el inciso tercero del artículo sexto del mismo dispositivo que señala que no proceden las garantías cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria, situación que no se da en el caso de los accionantes”.

(que llamaríamos, original), sino que cada padre le ha dado un contenido, o percepción, diversos: así tenemos que para algunos es un derecho, para otros es una garantía, cuando no una acción o un proceso constitucional²³².

Además, la propia norma que se dedica a proteger los derechos de respeto propio (artículo 2.7) nos presenta una fórmula reiterada -ya se encontraba en la Constitución de 1979, artículo 2.5- por la cual una afectación a estos derechos por el ejercicio de los derechos de comunicación del discurso debe ser corregida y subsanada a través de la rectificación de una afirmación que sea inexacta o agravante.

Este derecho autónomo²³³, de índole procesal-constitucional²³⁴ permite a todos acercarnos a la verdad y es “atribuible a toda persona que puede ser objeto de una información inexacta que puede irrogarle perjuicios en su honor o en cualesquiera otros derechos o intereses legítimos”²³⁵.

Pese a que cuando se refiere a la rectificación, nuestra Norma Suprema señala que ésta se ejercitará “sin perjuicio de las responsabilidades de ley” (artículo 2.7), a veces el juzgador ha considerado que puede ser entendida como atenuante²³⁶ o -aquí sí creemos erradamente- que tiene incidencia directa en la configuración del delito²³⁷ o ha sido apreciado como requisito de procedibilidad²³⁸.

²³¹ Desde hace treinta años, ya DIEBOLD presagiaba la importancia de la informática y la necesidad de control por parte del Estado [El hombre y el ordenador, cit. por Juan MORALES GODÓ. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 228]. Por eso en 1970, se dictó la primera ley respecto a la protección de datos, dada por el Parlamento del *Land*, en Alemania Federal.

²³² La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la información. Propuesta para un redimensionamiento del denominado derecho general de la personalidad y para un definición común del denominado *habeas data* (II). En: *ius et veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año X, n° 20 (2000). p. 105.

Sin embargo, para GARCÍA BELAÚNDE, incluir esta garantía constitucional era innecesario puesto “que el Amparo perfectamente podía cubrirlo, pero también los académicos y los políticos debemos ser un poco prácticos” [Diferencias entre el Hábeas Data y la Acción de Amparo o Tutela Constitucional en Perú. En: *ius et Praxis*. Talca, año 3, n° 1 (1997). p. 188].

²³³ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. El derecho constitucional a la rectificación. En: *Revista Estudios Privados*. Lima, año II, n° 2, Invierno (1997). p. 07.

También como una figura autónoma, se expresan las Constituciones de Chechenia, artículo 49 y de Liberia, artículo 15.d.

²³⁴ Aunque para PERLA ANAYA debería estar desarrollada por el Código Civil [El derecho constitucional de rectificación: Defensa constitucional sin regulación civil. En: *Revista del Foro*. Lima, año LXXIV, n° 1. pp. 241 y ss.].

²³⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Las libertades informativas en la Constitución Española de 1978. Op. cit. p. 100.

²³⁶ Caso Dagoberto Láinez c/ Víctor Ramírez y Carla Chévez, sentencia del 20° Juzgado Penal de Lima, del 20 de mayo de 1997, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 102.

²³⁷ Como muestra de esto, encontramos dos sentencias. En una de ellas, se ha señalado que la “publicación de la carta rectificatoria descarta la existencia de dolo, por tal motivo, hay ausencia de *animus difamandi*” [Caso María Guerrero Guerrero c/ Juliana Ortiz Cerro, sentencia del Sexto Juzgado Penal, del 07 de diciembre de 1998]. En otra, se condena porque, entre otras razones porque el denunciado “se negó a

b. A nivel infraconstitucional

Tradicionalmente, sobre todo en nuestro país, cuando se afectaba el honor o la vida privada de las personas, el dañado acudía a la vía penal, ya sea por falta de conocimiento de los otros caminos o por sentirse más protegidos.

Lo que debemos tener claro que en este ámbito del Derecho, considerada como la ‘última ratio’ del mismo, ha sido materia de especial preocupación por nuestro constituyente.

El segundo párrafo del artículo 2.4 de la Constitución es muy claro al respecto: “Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común”²³⁹. Más lejos ha ido la Constitución chilena quien en su propio texto no ha derivado el tratamiento de los delitos al Código Penal sino que ella misma los ha trabajado²⁴⁰.

Un caso particular de proteger al individuo frente al ejercicio abusivo de la comunicación del discurso, es presentado por Salvador Coderch, el cual considera que el término genérico que engloba todos los supuestos es el de ‘difamación’²⁴¹. Este concepto debe diferenciarse, eso sí, de la difamación en sentido estricto que sólo protege al honor.

publicar la carta aclaratoria, a pesar de aceptar haberla recibido” [Sentencia del juez penal de Tacna, el 04 de julio del 2000, Caso del Diario Caplina].

²³⁸ En esta línea, Caso Victor Aspíllaga c/ Pablo Mosquera, sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Lima, de 03 de julio de 1997; en contra, Caso Ladys Johana Laura Lozada c/ Ramón Ramírez Erazo y Guillermo Thorndike, Sentencia de la Sala Superior Penal de Lima, del 28 de enero de 1994, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 101 y 102.

²³⁹ Según BERNALES BALLESTEROS, una norma como ésta busca evitar que se dicten leyes especiales con sanciones drásticas para controlar a los medios de comunicación, básicamente [La Constitución de 1993. Op. cit. p. 99].

²⁴⁰ Artículo 19.4: “La infracción del honor y vida privada, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que se procedan”).

Frente a lo penal se encuentra lo civil, área del Derecho poco explorada en la búsqueda de protección de los derechos fundamentales, en especial de los de respeto propio.

Sin embargo, su idoneidad para cumplir con esta función se puede convertir en un factor de mayor consideración para la vida privada y el honor. Si lo que se logra al final es una fuerte indemnización que deba pagarla el periodista que trabaja en un medio de comunicación social, la intención de los directivos de éste deberá preocuparse previamente del contenido del discurso puesto que se le estaría dando donde más le duele: si todo lo que hacen se centra en un interés pecuniario, entonces una sanción que afecte en ese aspecto, podrá ser efectiva.

La forma que nos presenta el Ordenamiento civil para controlar los excesos en el ejercicio de los derechos a la expresión e información es la responsabilidad extracontractual.

Aun cuando la Constitución prevea que los delitos solamente pueden ser revisados según la norma penal, no debe dejar de usarse esta forma civil²⁴². Pero sin duda la el artículo 2.4 pudo ser más claro tal como sucede con la Constitución de Korea del Sur, la misma que señala que “[s]i el discurso o la prensa violan el honor o derechos de otras personas, pueden hacerse las demandas por el daño resultante” (artículo 21.4).

Además, es muy clara la observación del artículo 17 del Código Civil, dentro del capítulo que se refiere a los derechos al honor y a la vida privada, señala que “la violación de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos”.

²⁴¹ En el sentido amplio de la palabra, difamar es publicar enunciados factuales relativos a una persona y lesivos de su reputación que: o bien son falsos; o bien aunque sean verdaderos, constituyen una intromisión en su intimidad. Pero no hay difamación si el afectado presta su consentimiento a ella [El mercado de las ideas. Op. cit. p. 21].

²⁴² En esa línea los propios constituyentes CHÁVEZ COSSÍO, CHIRINOS SOTO y CÁCERES VELASQUEZ durante el debate en la Cuarta Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Lima, 21 de enero de 1993. www.congreso.gob.pe.

Si bien en algunos supuestos sí coinciden ambas ramas del Derecho, la verdad es que poseen diferencias trascendentes en el tratamiento de este ejercicio abusivo y la salvaguardia del respeto propio²⁴³. Su mayor coincidencia se presenta en el marco general que presentar para encontrar la irresponsabilidad de los titulares de la comunicación del discurso.

Creemos que la principal discusión existente en el ámbito penal es respecto a qué figura de la Parte General debe usarse para no se considere afectado un bien jurídico penalmente tutelado. Aunque no se ha trabajado tanto este tema, algo similar sucede en el campo civil.

En este punto, se presentan figuras como el ejercicio legítimo del derecho²⁴⁴ o la legítima defensa²⁴⁵, que son compartidas por ambas ramas del Derecho, así como la autorización de acción²⁴⁶ o la adecuación social²⁴⁷, propias de la penal.

Así, en el Derecho Anglosajón, la protección de los derechos de respeto propio se articula en dos supuestos de ilícitos civiles (*torts*): *defamation*, o insulto ultrajante civil (para el honor) y la *privacy* (para la vida privada).

²⁴³ Frente a esta protección penal, existe una civil. Sin embargo, acudir a ambas requiere de condicionamientos específicos. Asumiendo las características particulares de cada una de estas ramas del Derecho, consideramos que la civil asume la protección de la persona y su desagravio (se centra en el afectado), mientras que la penal trata de castigar a quienes transgreden con atrevimiento las normas (se centra en el infractor); ambas surgen del Derecho Constitucional, el mismo que ya revisáramos y cuyo fin esencial está en el mantenimiento del orden constitucional y social a través del respeto de sus dispositivos (se centra en las normas).

²⁴⁴ El propio Código Penal señala que “está exento de responsabilidad penal el que obra [...] en el ejercicio legítimo de un derecho” (artículo 20.8). Más claro resulta aún cuando, refiriéndose a los delitos contra el honor, se señala que se exime de pena cuando se prueba la verdad de los hechos informados si se ha actuado “en defensa propia” (artículo 134.3). Pero algo similar también sucede en el campo civil con el artículo 1971.1 del Código Civil cuando se señala que “[n]o hay responsabilidad [...] en el ejercicio regular de un derecho”.

²⁴⁵ Asumida por ESTRADA ALONSO como una de las formas en que se puede ingresar al ámbito supuestamente perteneciente al respeto propio y ser finalmente considerado como parte del comunicación del discurso [El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo. Op. cit. pp. 106 y ss.]. En el artículo 20.3 del Código Penal se considera como una causa que exime la responsabilidad penal –o la atenua–, el obrar en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren tres circunstancias: “a. agresión ilegítima; b. necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y, c/ falta de provocación suficiente de quien hace la defensa”. En el campo civil también se señala la existencia de irresponsabilidad cuando sucede un caso de “legítima defensa de la propia persona o de otra” (artículo 1971.2 del Código Civil), aunque el sentido es bastante distinto al penal.

A favor de esta solución se ha mostrado la Jurisprudencia Nacional, la cual señala que “las expresiones vertidas por la querellada en juicio de divorcio con su esposo, en la que la querellada no es parte, sin tener la intención de dañar el honor, sólo en el ejercicio de la legítima defensa son obvias justificaciones de ejercicio del legítimo derecho por lo que existe racionalidad en el medio empleado” [Sentencia del 10° Tribunal Correccional de Lima, de 1988, Expediente 453-87, rec. por Felipe VILLAVICENCIO. Código Penal. Op. cit. p. 331].

²⁴⁶ Los derechos a la información y a la expresión sólo pueden ser contener una autorización de acción y no de una de intervención. Esta diferencia es capital, según BACIGALUPO, puesto que las primeras únicamente permiten el ejercicio regular del derecho mientras que las segundas permiten lesionar un bien jurídico ajeno [Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria. Op. cit. p. 361; en la misma línea, Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 278].

²⁴⁷ MORALES PRATS entiende la adecuación social “como expresión de orden político y social definido en la Constitución (estructurado a través de una compleja articulación de valores superiores, principios generales de tutela y derechos fundamentales), puede fundamentar, a mi juicio, la atipicidad de conductas pretendidamente atentatorias del honor” [Adecuación social y tutela penal del honor, cit. por Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 72]. De esta manera, recoge postulados, aún sin proponérselo, de la teoría valorativa, al acudir a un concepto como el de esta adecuación retomando los valores que recogen cada uno de los derechos..

La principal diferencia de acudir a la vía penal o a la civil está en la intención del transgresor: solamente si se actuó con dolo se podrá ir el perjudicado a la vía penal; en caso contrario -cuando medie dolo o culpa- a la civil. Entonces, si una persona cometió un ilícito con culpa solamente podrá irse a la vía civil y no a la penal. De esto ya hablamos anteriormente.

Cuando nos referimos a la atribución de responsabilidad ya hicimos mención a este tema. En este sentido nos parece atinado recordar parte del argumento de la doctrina del New York Times, también ya explicada. Así se requerirá dolo en toda acción que pueda ser considerada como penalmente relevante, pero la exigencia de la malicia real y actual es parte del elemento subjetivo puesto que actuar con la certidumbre de la falsedad de una información -o la indiferencia hacia su veracidad- o de la incongruencia de una expresión, es justamente actuar con dolo.

Para el caso penal, la exigencia tradicional para la vulneración del honor es la existencia de un *animus iniuriandi* (o *difamandi*). Por ende, un *animus* distinto al de la injuria, excluía lo ilícito penal (el *defendendi*, el *narrandi*, el *consulendi*, el *criticandi*; con ciertas dudas, el *retroquendi* y el *iocandi*). Sin embargo, para Bacigalupo, “[s]i se define dolo como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo, no cabe duda que el *animus iniuriandi* no puede diferenciarse del dolo”²⁴⁸. Entonces no se exigirá *animus iniuriandi* puesto que el legislador no ha exigido ningún elemento subjetivo aparte del dolo (ha sido una mala recepción de la Jurisprudencia Comparada por parte de los juzgadores nacionales) y porque simplemente con el dolo se comprenderá el conocimiento del carácter lesivo de la conducta a ejecutar. Tal como sostiene Ugaz Sánchez-Moreno, el error de su importación se centra en que el *animus iniuriandi* se ha concebido como el nombre propio para designar al dolo de afectar al honor²⁴⁹.

²⁴⁸ Colisión de derechos fundamentales y justificación del delito de injuria. Op. cit. p. 354; en igual línea, Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 117; Iván Fabio MEINI MÉNDEZ. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. punto 34.

²⁴⁹ Así como sucede con el *necandi* para matar, el *vulnerandi* para lesionar o el *lubricus* para violar [Prensa juzgada. Op. cit. p. 82]. Sin embargo, para JAÉN VALLEJO, “dicho *animus* no se diferencia del dolo sino que, al contrario, se superponen, por cuanto que si el autor sabe que profiere expresiones objetivamente lesivas del honor de otro [...], también habrá tenido voluntad de realizarlas, independientemente de que concurra el correspondiente elemento subjetivo de la justificación (conocimiento de la situación justificante) y lo neutralice” [Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. pp. 273 y 274].

Pero el móvil también puede ser otro: el uso de los juzgadores, por motivos económicos o políticos, de esta figura para construir en torno suyo el centro del *obiter dictum*. Si bien en la gran mayoría de los casos se ha acudido a la exigencia de un *animus iniuriandi* como condición *sine qua non* para configurar el delito, dentro de ellos podemos encontrar también algunos en que es más notoria la manipulación de su uso (“para los efectos de la configuración de los delitos materia del proceso, se requiere como aspecto subjetivo la presencia del *animus difamandi* o *iniuriandi* [...]. Como delito de tendencia, desaparece la ilicitud del acto cuando éste se ejecuta con otra intención distinta de la de injuriar y difamar”²⁵⁰), existen algunos en los que el juez ha acertado en su decisión. Dentro de estos últimos merece la pena rescatar uno de ellos, puesto que señala que “el tipo subjetivo de la figura supone actuar dolosamente, lo que es lo mismo que el *animus* de difamar [...] Debe afirmarse que una aplicación estricta del punto de vista subjetivista conduciría a una desprotección del bien jurídico honor; por otro lado, la práctica reducción del delito a la dirección de su elemento subjetivo favorece un alto grado de manipulabilidad de la prueba en el proceso. Por tanto no sólo produce inseguridad para la víctima del hecho, sino también para el supuesto autor. De esta manera, no existe una diferencia entre dolo y el *animus* de difamar”²⁵¹.

Frente a ello, la solución en el ámbito civil será igual a la del Derecho Constitucional. Se presenta una protección mayor a los derechos respecto al supuesto penal, al responderse tanto por dolo como por culpa; el primero no se presume a diferencia de la segunda y está referido a la causación voluntaria de un daño injusto. En esta parte del Derecho lo que se busca, a través de la reparación, es el desagravio de la víctima, a diferencia de lo que sucede en el Penal que, sobre todo, busca la sanción del culpable.

²⁵⁰ Casos Susana Díaz Díaz c/ José Arévalo Soplopuco, delito de difamación, Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia del 03 de noviembre de 1998; en línea bastante similar, Procesos Alejandro Miró-Quesada Garland c/ Hernando Aguirre Gamio (1970), Sentencia del Juzgado Penal de Santa, de 07 de julio de 1999, Fredy Moreno Neglia c/ Robin Muñoz Tamaris y otros (1998); César Elejalde Estenssoro c/ Efraín Ruiz Caro y Germán Llanos Castillo, Corte Suprema, sentencia del 29 de febrero de 1988; Armando Villanueva del Campo c/ César Hildebrant Pérez Treviño, Corte Suprema, Sentencia del 07 de septiembre de 1992; Luis Roth Barinotto c/ José Carranza Vivanco, Expediente 200-98, del 18 de junio de 1998, María Rodríguez Gayoso c/ Gisela Valcárcel Álvarez (1998), Sentencia del 31 de marzo de 1998 de la Corte Superior de Lima; Ricardo Belmont Cassinelli c/ Luis Rey de Castro, Corte Superior de Lim, Sentencia del 14 de mayo de 1998 [rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 97 y ss.]; Ejecutorias Supremas 0060-88, del 07 de marzo de 1988 y 322-93-B, del 18 de abril de 1994 [rec. por Iván Fabio MEINI MÉNDEZ. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. punto 34].

²⁵¹ Sentencia del Tercer Juzgado Penal de Lima (juez, Felipe Villavicencia), 07 de octubre de 1991, caso Clemente Noel Moral c/ César Hildebrant Pérez Treviño y Cecilia Valenzuela.

Existe Jurisprudencia Comparada en donde se utiliza esta vía: “El honor de las personas no sólo puede verse afectado a través de los delitos de injurias o calumnias cometidos por medio de la prensa, toda vez que puede justificar una lesión a este derecho que resulte de un acto meramente culpable o aun del ejercicio abusivo del derecho de informar [...] por lo que el propietario o editor del periódico que da a conocer las falsas imputaciones no puede quedar exento -al igual que cualquier habitante de al Nación- de la responsabilidad civil emergente de tales actos”²⁵².

Partiendo del punto anterior -básicamente de la *actual malice*-, se sostiene que la carga de la prueba en el ámbito penal se debe invertir: quien debe probar la existencia de un discurso perjudicial sería el afectado y no está en manos de comunicador (sea social o privado) comprobar la veracidad de sus informaciones o congruencia de sus expresiones.

Sin embargo, esta cuestión pasa a ser algo innecesario dentro del esquema penal. Una persona puede ser afectada en su honor o en su vida privada con informaciones verdaderas y en su honor con expresiones congruentes, sino solamente con la intrascendencia del discurso, razón por la cual el afectado solamente debe probar la afectación de su derecho, y nada más; para él es irrelevante lo que haya sucedido con el discurso (sino recordemos tan sólo las dos formas que existen para vulnerar el respeto propio: considerando o no el contenido esencial de los derechos de comunicación del discurso). En este sentido, la solución debe ser igual que la civil.

²⁵² Caso Campillay, Argentina, 1986, cit. por Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 51.

En lo que sí difieren es en la famosa exigencia de la prueba de verdad. Este aspecto recogido por el Código Penal no se encuentra presente en el Civil, y lo consideramos esencial en el Derecho Sancionador.

La *exceptio veritatis* es el sometimiento de la imputación de ciertos hechos a un sujeto a un juicio de certeza, es decir, a la demostración de la veracidad de los hechos. Sólo se excluye la responsabilidad del sujeto; es una causa de exención de la pena. No es aplicable en el hecho del delito de injuria sólo de difamación, aunque más conveniente sería para el primero puesto que se preferirá afectar el honor de las personas en público²⁵³.

Es sorprendente encontrar que una Constitución trate el tema de la *exceptio veritatis*. Para la de Paraguay, “[l]a prueba de la verdad y de la notoriedad no serán admisibles en los procesos que se promoviesen con motivo de publicaciones de cualquier carácter que afecten al honor, a la reputación o a la dignidad de las personas, y que se refieran a delitos de acción penal privada o a conductas privadas que esta Constitución o la ley declaran exentas de la autoridad pública. Dichas pruebas serán admitidas cuando el proceso fuera promovido por la publicación de censuras a la conducta pública de los funcionarios del Estado, y en los demás casos establecidos expresamente por la ley” (artículo 23).

En el caso nacional, el tema ha sido desarrollado a través del artículo 134 del Código Penal que señala los supuestos en que la *exceptio veritatis* es permitida²⁵⁴. Lógicamente, el único derecho al que se refiere es la información, no se ha de referir a la expresión. Debemos indicar lo importante que resulta este derecho puesto que como señaláramos *supra*, es en muchos casos intrascendente la veracidad o no de la información y sólo en supuestos específicos considerados relevantes por el legislador se podrá probar ella.

²⁵³ MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. punto 46; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO. Manual de Derecho Penal. Op. cit. p. 131-132; BACIGALUPO, Enrique. Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria. Op. cit. p. 363.

²⁵⁴ “El autor del delito previsto en el artículo 132 puede probar la veracidad de sus imputaciones sólo en los siguientes casos: 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. Si la verdad de los hechos, cualidad o conducta resulta probada, el autor de la imputación estará exento de pena”.

Sin embargo, para Ugaz Sánchez-Moreno, esta figura “impone una amplia restricción al derecho a la libertad de expresión, ya que, fuera de esos cuatro supuestos, se optará por la protección al honor”²⁵⁵.

Lo que sí es importante señalar respecto a la diferencia de la vía civil y penal es el tipo del destinatario de la norma. En el ámbito penal solamente es sujeto pasivo de los delitos, las personas naturales. En el caso civil, también lo podrán ser las jurídicas.

Tal como afirmáramos es titular de los derechos de respeto propio, las personas jurídicas. Sin embargo, el Derecho Penal es bastante limitativo con su posibilidad de ser titulares y, por lo tanto, de acudir a esa vía para proteger sus derechos. En este Código a diferencia del anterior²⁵⁶, no se contempla la posibilidad de ser considerado como sujeto pasivo a las personas jurídicas²⁵⁷. Y si bien hemos asegurado que solamente las personas naturales son sujetos pasivos de los delitos contra el honor (y contra la vida privada), “todavía encontramos casos en los que se admiten denuncias por delitos contra el ‘honor de personas jurídicas’ y, lo que es peor, sentencias en las que se condena por ello”²⁵⁸.

En esencia, se ha señalado en Jurisprudencia Nacional que “en los delitos de calumnia y difamación, el bien jurídico protegido es el honor de las personas, por tanto las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de delito contra el honor, sino sólo la persona física, por lo que el hecho denunciado resulta ser atípico”²⁵⁹.

²⁵⁵ Prensa juzgada. Op. cit. p. 58.

²⁵⁶ En el Código Penal de 1924 se admitía la posibilidad de salvaguardar el honor de las personas jurídicas o corporaciones, al amparo además de los Estatutos de Prensa (básicamente, artículo 4 del Decreto Ley 20680). Durante su vigencia encontramos casos como los del Estado peruano c/ Mario Castro Arenas (1974) o Estado peruano c/ Enrique Zileri Gibson, Sentencias de la Corte Suprema, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 88 y 89. Además, Sentencias de los Expedientes 989/69, 2360/74 y 66/76 (para las ‘instituciones’ en general) y las de los Expedientes 621/74 y 1445/74 (respecto a la protección de la ‘reputación del gobierno’).

²⁵⁷ Pese al marco actual, se han interpuesto algunas denuncias en las que se argumentaba la afectación del honor de personas jurídicas. Entre otros, tal como vimos en el Capítulo Cuarto, casos Consultoría Balhualón c/ Baruch Ivcher Bronstein y otros; empresa Hayduk c/ Onda, Sexta Sala Penal Superior de Lima, sentencia del 15 de agosto de 1997; Universidad Privada César Vallejo c/ Juan Cabanillas Pineda, Sala Superior Penal de La Libertad.

²⁵⁸ UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. Prensa juzgada. Op. cit. p. 88.

²⁵⁹ Sentencia del Segundo Juzgado Penal de San Martín, de 16 de agosto de 1999, Caso Nutriselva c/ Revista Ashishito; también reconocen el carácter personalista del delito, Empresa Acuña y Peralta c/ Wilson Rodríguez Luna; Covise c/ Ricardo Uceda y Mabel Barreto, Sentencia de la Séptima Sala Superior Penal de Lima, de 13 de julio de 1995.

Básicamente relacionado con la responsabilidad civil extracontractual (para el *ius puniendi*, sólo se impondrá la pena estipulada en el artículo correspondiente del Código Penal, los mismos que serán analizados *infra*), se puede decir que por la naturaleza de los derechos afectados (honor y vida privada), es imposible que existe una reparación *in natura*, pero sí podrá existir una gama de formas en que el infractor podrá enmendar su inobservancia.

Existen dos maneras en que se puede analizar este tema. Se puede buscar una reparación extrapatrimonial o una patrimonial.

(A) Extrapatrimonial

En principio, existe una presunción para que se dé: “por la dificultad de su prueba y cuantificación porque los costes de obtención de la información podrían ser tan elevados que prevocarían que, desde un punto de vista económico, la prueba fuera prohibitiva”²⁶⁰. Aunque, para De Trazegnies Granda, nuestro Ordenamiento no ha recogido expresamente ninguna forma de esta reparación -conocido como desagravio en Alemania o *punitive damages* en el Derecho Anglosajón- que debió estar dentro de la responsabilidad civil²⁶¹, si contamos con una recepción indirecta de ella.

(a) Simbólica

Plantea la entrega de una suma irrisoria de indemnización puesto que lo principal es el pronunciamiento del juzgador. Lo que intenta el afectado simplemente es que la sociedad reconozca su respeto por la vida privada y el honor que posee.

Existe Jurisprudencia Interna Comparada en donde se fijaban sumas irrisorias dentro de una sentencia que era favorable, lógicamente, al demandante²⁶².

²⁶⁰ SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 385.

²⁶¹ La responsabilidad extracontractual. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1988. t. II, p. 113.

²⁶² Jurisprudencia francesa, fijaba un franco de reparación pero se dejaba a salvo el honor de la víctima, rec. por Juan MORALES GODO. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 383.-

(b) Inmaterial

Está referida simplemente a la existencia de una sentencia favorable, aun sin proponer una indemnización figurativa²⁶³. Está muy cercano a esta forma de reparación, la publicación de dicha sentencia.

El artículo 51.5 del Código Procesal Civil señala que si lo estima conveniente el juez puede ordenar “a pedido de parte y a costa del vencido, la publicación de la parte resolutive de la decisión final en un medio de comunicación por el designado, sin con ello se puede contribuir a reparar el agravio derivado de la publicidad que se hubiere dado al proceso”.

Sin embargo, esta publicación, considerada por Ballester como una inserción forzosa²⁶⁴, puede resultar tan costosa que es preferible la indemnización²⁶⁵, aunque también debemos considerar que la razón de ser de esta publicación es el conocimiento de la debida protección de derechos como los de respeto propio frente a los de comunicación del discurso.

(B) Patrimonial

Es una equiparación del daño moral con el material²⁶⁶, y a veces ha sido recogida por las Constituciones²⁶⁷. Creemos que tomando en cuenta la falta de responsabilidad social de los medios de comunicación social, principales infractores del respeto propio, que lucran alegremente con la vida privada y el honor de las personas, en una sociedad como la nuestra la solución debería ser la imposición de indemnizaciones fuertes a los que trabajen en ella. Por ello, coincidimos con Morales Godo quien sostiene en un país como el Perú los medios

²⁶³ Está de acuerdo con ella, Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA. La responsabilidad extracontractual. Op. cit. t. II, p. 112, siguiendo a los MAZEUD.

²⁶⁴ Derecho de respuesta. Op. cit. p. 23.

²⁶⁵ LÓPEZ DÍAZ, Elvira. El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Op. cit. p. 35.

²⁶⁶ Debemos tomar en cuenta que el daño que ocurre en la responsabilidad civil, puede ser de dos tipos personal y no personal. Justamente el primero de ellos es el que nos interesa puesto que la vida privada y el honor están destinados a proteger a toda persona (ya sea natural o jurídica). Creemos que a veces se ha restringido el daño personal considerándolo siempre extrapatrimonial pero consideramos que también puede ser patrimonial, aún cuando FERNÁNDEZ SESSAREGO considere a este daño como “el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial [Derecho de las Personas. Op. cit. p. 67].

²⁶⁷ Como las de Brasil, artículo 5.X (indemnización por el daño material o moral derivado de violación de honor y vida privada) y de El Salvador, artículo 2 (se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral, referido al honor y vida privada).

de comunicación social deben ser castigados ejemplarmente a través de indemnizaciones fuertes²⁶⁸.

(a) Compensatorio

Para que se imponga es necesario que el afectado haya dejado de percibir algún dinero a causa del ejercicio abusivo de la comunicación del discurso. Por esta razón se analizará el daño emergente (perjuicio efectivamente sufrido) y el lucro cesante (aquello que se deja de percibir como consecuencia del daño ocasionado a un bien jurídicamente protegido)²⁶⁹.

En la Jurisprudencia Comparada, se ha señalado que deben cubrirse no sólo los daños reales (*actual damages*), sino también incluir una sanción ejemplar (no resarcitoria: *punitive damages*) o indemnizar por daños presuntos (*presumed damages*)²⁷⁰.

(b) Satisfacción

En la mayoría de casos, la afectación al respeto propio no puede ser medido en términos económicos, razón por la cual la indemnización que se brinde tanto en el ámbito civil o penal (como reparación civil, según el artículo 93.2 del Código Penal), sólo brindará satisfacción para el dañado.

B. Análisis de la sanción

Con el marco presentado, es muy importante reflexionar cómo debe imponerse la sanción al transgresor del respeto propio. La pregunta esencial en este punto es ¿en qué debemos fijarnos para imponer una sanción a quien realiza un ejercicio abusivo de la comunicación del discurso?

²⁶⁸ El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 380

Aquí no más el peruano agrega que “si existen modos extra dinerarios de compensar a la víctima de un daño personal, en buena hora; pero ello, no es óbice para prescindir de la reparación términos pecuniarios, entendiéndola la misma como una forma de producir una satisfacción compensatoria a la víctima y [...] cumplir una función disuasiva” [Ibid. p. 381].

²⁶⁹ O como dice DE TRAZEGNIES GRANDA, en el daño emergente uno se empobrece, mientras que en el lucro cesante, existe un impedimento para enriquecerse [La responsabilidad extracontractual. Op. cit. t. II, p. 37].

Así, debemos recurrir a diversas razones y consideraciones, según lo que queremos lograr, tal como lo vimos *supra*: si buscamos una compensación -o satisfacción- dineraria o solamente hacer público el respeto al honor y a la vida privada de la persona, ya sea con una sentencia publicada o imponiendo una pena al infractor.

Desde nuestro punto de vista se deben observar cinco pautas para considerar cómo se ha afectado el respeto propio²⁷¹:

(A) El tipo de responsabilidad

Lógicamente, se analizará tanto el dolo como la culpa leve o grave -negligencia, imprudencia o temeridad-²⁷². Para separarse estas tres formas de responsabilidad debemos fijarnos exclusivamente en criterios objetivos, como el propuesto por la fórmula 'B(P x L)'. Por ende, no debe desviarse el objeto de análisis de la veracidad a la simple intención (estado mental de quien expresó los enunciados difamatorios).

Cuando tratemos de delimitar el tipo de causación intencional de daños, habremos de entender cuándo se producen los patrimoniales y cuándo los emocionales²⁷³. Estos últimos surgen en el *Common Law*, como un tipo específico de *tort*. Para hallarlos debe analizarse la conducta extrema y ultrajante (se traspasa los límites de la decencia y lo soportable en una comunidad civilizada; esto surge no de lo que se dice sino muchas veces de las circunstancias) y principalmente la intencionalidad, que es lo nos importa -al menos, culpa- así como la causalidad (se debe probar la determinación entre el comportamiento del demandado y los daños del actor).

²⁷⁰ Caso Gertz c/ Robert Welch Inc., 418 US 323 (1974), rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. Op. cit. p. 265.

²⁷¹ Para lograr esto hemos acudido a los comentarios sobre el tema de Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. pp. 207 y ss.; Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto de la libertad de información. Op. cit. p. 385; Delia Matilde FERREIRA RUBIO. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 171; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 388 y ss.

²⁷² Para el Código Civil se podrá actuar por culpa o dolo (artículo 1969), pero para el Código Penal, sólo por dolo (artículo 12), aunque se analizará "la extensión de los deberes infringidos" (artículo 46.4).

En este punto, debemos anotar un punto importante de análisis, que solamente plantearemos. Se ha considerado que la actividad de los medios de comunicación social puede constituirse como actividad riesgosa (aquella que ordinaria y normalmente engendra un riesgo o peligro para la sociedad). En este sentido, se puede afirmar que la comercialización de la información, la industrialización de los medios, el rol de la publicidad, el impacto tecnológico en la comunicación y la concentración de las empresas son aspectos decisivos para configurara una actividad típicamente riesgosa para terceros²⁷⁴. Este ‘principio del riesgo’ se basará, entonces, en la “protección constitucional de la información falsa pero diligente que lesiona otros bienes constitucionales”²⁷⁵.

(B) Intensidad del ataque

También es conveniente analizar la forma cómo se presentó la comunicación del discurso. Para eso analizaremos cuestiones como el medio empleado para realizar la afectación (aquí sí es importante analizar si es de comunicación social o no)²⁷⁶, el tipo o la fuerza de la perjuicio, la publicidad dada al discurso perjudicial y la potencialidad dañosa del mismo (audiencia del medio).

(C) Posición de la víctima

Este examen no sólo será subjetivo, sino también objetivo. Para lograr ello acudiremos a un doble análisis: de la dimensión del perjuicio y del tipo de actuación del afectado.

(a) Magnitud del daño producido

Está relacionado con el tipo de afectación que recibirá la víctima. Así, si el daño es patrimonial, la solución se dará colocando “el patrimonio del dañado en la misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el daño; para valorar el

²⁷³ SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 424 y ss.

²⁷⁴ ZANNONI, Eduardo A. y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. pp. 80 y 81.

Según el Código Civil, “aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo” (artículo 1970).

²⁷⁵ BERDUGO, Ignacio. Temas de Derecho Penal. Op. cit. p. 291.

²⁷⁶ En esa misma línea, artículo 46.2 del Código Penal.

daño se acude al mercado, el cual fija el precio o valor de cambio del objeto o bien dañado; valorado éste, la suma compensatoria reemplaza el valor de la pérdida producida, llena el vacío patrimonial, y coloca el patrimonio del dañado en el situación *ex ante*²⁷⁷. Se analizará el cambio en el proyecto de vida de la víctima, entendida como una lesión psíquica que le impide la realización de ocupaciones habituales²⁷⁸.

Si el daño es moral, la compensación es más difícil puesto que el dinero sólo puede indemnizar un precio en el mercado, pero en este caso no existe un valor en el mercado por lo que “[l]a suma compensatoria sólo podrá cumplir una función de alivio o consuelo (*solatium*) para intentar compensar perjuicios inmateriales con ventajas también inmateriales, pero que puedan adquirirse con dinero (bienestar, tranquilidad, seguridad, etc.), o bien proporcionando ventajas inmateriales que ayuden al lesionado a superar el daño”²⁷⁹. Es decir, esta afectación tiene repercusión aun cuando no son medibles pecuniariamente (así los ataques al honor de un profesional le puede generar pérdidas de clientes).

(b) Condición de vida

Aunque se crea importante analizar la situación económica de la víctima (además del ámbito social y la ocupación habitual), su sexo o su grado de sensibilidad (así en el honor, habría político de piel dura con menor protección que un particular), sólo consideramos como relevantes remitirnos a analizar la edad del perjudicado, (puesto que el Ordenamiento reconoce a los menores y a los jóvenes una salvaguardia superlativa), así como la actividad que éste realiza (un escándalo sexual afectaría más a un maestro que a un novelista).

(D) Cualidades del agresor

²⁷⁷ El mercado de las ideas. Op. cit. p. 391

Para el Código Civil, “[l]a indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad entre el hecho y el daño producido” (artículo 1985).

²⁷⁸ Según el Código Penal en su artículo 45.3 referido a los criterios de fundamentación de la pena señala que se tomará en cuenta “los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella depende”. Siguiendo esta línea, el Código Civil señala que “[e]l daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia” (artículo 1984).

²⁷⁹ Martín CASALS. Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 392.

Al igual que en la pauta anterior, esto se debe revisar desde una doble perspectiva. Pero en este punto se analizará la ganancia recibida por el culpable del daño y sus condiciones de vida.

(a) Beneficio obtenido

Se debe analizar el beneficio recibido por el causante de la lesión como consecuencia de la misma, y a partir de él considerar el monto de la indemnización.

Sin embargo, esta propuesta ha sido muy criticada, pero consideramos que su importancia es relativa: si bien para el afectado es irrelevante este provecho, para evitar subsiguientes afectaciones, el juzgador puede observar la suma obtenida para, justamente, sancionar al infractor.

(b) Condición de vida

Una referencia de este tipo lo encontramos en el Código Penal, según el cual para determinar la pena, el juzgador debe basarse en las carencias sociales del agente y en su cultura y costumbres (artículos 45.1 y 45.2). Además, se revisará su “edad, educación, situación económica y medio social” (artículo 46.8).

(E) Circunstancias del caso

Pauta meridianamente beneficiosa. Básicamente es un llamado al arbitrio judicial para que analice cuestiones sobre en qué lugar se desarrolló la afectación, o revisar algún asunto particular que sugiere el caso²⁸⁰.

3.2.2. Control efectivo de los medios de comunicación social

²⁸⁰ Para el Código Penal, como causa determinante de la pena, se analizará “las circunstancias de tiempo, modo y ocasión” (artículo 46.5).

Ya en el punto anterior vimos cómo, ejerciéndose abusivamente la comunicación del discurso, la vía jurisdiccional nos presentan las formas clásicas de salvaguardia del respeto propio. Sin embargo, es momento de explorar nuevas formas de protección del honor y la vida privada asumiendo que la principal forma en que se vulneran estos derechos se presenta utilizando los vehículos de los medios de comunicación social.

Si bien hemos presentado, y la seguimos sosteniendo, la titularidad amplia de la comunicación del discurso, por lo tanto de su responsabilidad, no podemos negar que la peculiaridad y singularidad de los actores de los medios de comunicación social (sobre todo, del periodista) es realmente delicada.

Así, si bien hemos presentado en el Capítulo Tercero, las bondades de estos medios, a veces su rol ha sido duramente criticado, y no sin razón. En el mundo de hoy, no sólo no educa sino que llega a hasta deseducar a la gente y a informar sin veracidad y a opinar sin congruencia.

Según Fenby, los medios de comunicación social si bien cumplen funciones como “comentar, analizar, observar, proporcionar asesoramiento cultural, dar ejemplo de buen estilo e incluso divertir [...], su cometido fundamental consiste en descubrir y transmitir noticias importantes o interesantes para el público”²⁸¹. Por eso, es importante reconocer el mensaje que se nos brinda desde los propios medios de comunicación social: es preciso que todos los “beneficiados con la cultura de la libertad, los que gracias a la libertad podemos opinar libremente en los periódicos, en radios, en televisión, los que podemos decidir la programación en nuestras empresas de telecomunicación, que seamos conscientes de ese

²⁸¹ En las fronteras de la vida privada. Op. cit. pp. 20 y 21.

Por ello, se ha señalado que “un ‘requisito imperativo’ del rol de los medios de comunicación es que respete la persona humana y su derecho/deber a hacer una elección responsable, su libertad interior; se vulneran todos estos bienes cuando se explotan las bajas inclinaciones del hombre, o se disminuye su capacidad de reflexionar y decidir” [Pablo VI. Mensaje de la Jornada Mundial para las Comunicaciones Sociales. En: *L’Osservatore Romano*, 13 de mayo de 1977. pp. 01 y 02].

maravilloso privilegio que es la libertad, la libertad económica, la libertad política, la libertad de prensa”²⁸². Y es que “[e]l periodismo cumple un rol fundamental en la sociedad de ilustrarla y orientarla diariamente y saliendo en su defensa cuando se pretende destruir los valores esenciales que la integran”²⁸³.

Sin embargo, para Milton, quien también era periodista, los medios de comunicación social no son más que un instrumento superficial, que banaliza el discurso y lo supedita a lo cotidiano y precedero²⁸⁴. En esta misma línea conceptual, Vives Antón señala que “el Derecho facilita la realización de un producto más barato y agresivo, en detrimento de su valor intelectual. Porque la injuria no contribuye a la formación de la opinión pública, sino a su distorsión, facilitando, incluso, un fenómeno paradójico ya insinuado por Mill: la estigmatización de las opiniones más débiles y, por consiguiente, el funcionamiento de la prensa formalmente libre como censura, esto es, como negación de la libertad de expresión”²⁸⁵.

Quizá la principal causa de este problema sea que los periodistas dentro de los medios de comunicación social se basarán más que en un verdadero derecho comunicativo -información o expresión-, en criterios mercantiles -rentabilidad económica subyacente-: “las empresas destinadas a producir información lo harán en función de una demanda, que nada tienen que ver en principio con los valores constitucionalmente reconocidos”²⁸⁶. Es por ello, que Aguirre realiza una aproximación al problema desde la propia labor comunicativa y sostiene que “[l]a primacía otorgada a la visión instrumental de los medios para manipular conductas en el ámbito político y mercantil, enfatizando las habilidades tecnológicas y los mecanismos de mero impacto, hace que olvidemos a menudo,

²⁸² VARGAS LLOSA, Mario. Una batalla cultural. Op. cit. p. 45 (no debemos perder esta batalla cultural, ya que si eso sucede “habremos perdido un futuro de civilización y libertad. Pero, en cambio, si nosotros ganamos esta batalla, habremos revertido una historia de decadencia, una historia de empobrecimiento, de injusticias sociales y de violencia para las que objetivamente no hay razón de ser en nuestro continente”).

²⁸³ MIRÓ QUESADA GARLAND, Alejandro. El periodismo. Op. cit. p. 71.

Sin embargo, tal como repara FAÚNDES, los condicionamientos en el ejercicio son múltiples. Entre ellos: adicción a las fuentes oficiales, costo económico de su producción, relación con grupos económicos o políticos, superficialidad e irrelevancia, trivialidad, falta de especialización, multitempleo y temores frente a la democracia (soborno, mal periodismo de investigación, intimidaciones, culto al enigma oficial, secretos de Estado, concentración de los medios, desprestigio de las minorías, arbitraria distribución de la publicidad estatal o censura por agentes particulares) [Una perspectiva estratégica y compleja del periodismo latinoamericano. Op. cit. pp. 29 y ss].

²⁸⁴ Aeropagítica, cit. por Modesto SAAVEDRA LÓPEZ. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 60.

²⁸⁵ La libertad como pretexto, cit. por Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 135.

²⁸⁶ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. El derecho fundamental al honor. Op. cit. p. 177.

los retos fundamentales que dan sentido a nuestra profesión y que deben suscitarse en el ágora universitaria”²⁸⁷.

Por esta razón, no podemos olvidar que “el hombre mismo es la norma en el uso de los medios de comunicación social. Su humanización es la meta de la comunicación social”²⁸⁸. Pese a esta aseveración, en el mundo de hoy el ejercicio de estos derechos, sobre todo en los medios de comunicación social está en ‘crisis’, razón por la cual “no contribuye a esa del idea del ciudadano bien informado, puesto que existen decisiones no justificadas por el interés general que incluyen temas como relevantes y excluyen otros que no se consideran así, por los detentadores del poder político, económico o profesional de la información”²⁸⁹.

Entonces, viendo la desviación de su rol que muchas veces practican tanto los propietarios -en la línea comunicativa del medio- o los periodistas -en su actuar diario- creemos conveniente exhibir someramente dos formas (de verdad son tres, la primera se desdobra en dos) en que los propios medios de comunicación social pueden ser controlados y de esa manera, aunque sea indirectamente, protegerse el respeto propio.

3.2.2.1. La opción legislativa

El función que tiene un legislador es proponer fórmulas para que los derechos fundamentales rijan efectivamente en la sociedad. Por eso puede ser que el Congreso nacional si cree conveniente asuma el control de la actividad de los medios de comunicación social, eso sí, de forma adecuada y no según directivas políticas, como nos tiene acostumbrado.

²⁸⁷ Derecho a la comunicación y compromiso ético de los comunicadores. Op. cit. p. 38.

²⁸⁸ CONFERENCIA DEL EPISCOPADO MEXICANO – COMISION EPISCOPAL PARA LAS COMUNICACIONES SOCIALES. Los medios de comunicación social ante la ética. Cuernavaca, 1993. <http://www.iglesia.org.mx/cem/comisiones/comunicacion/losmedios.htm>

²⁸⁹ PECES-BARBA, Gregorio. La crisis de la libertad de expresión. Op. cit. p. 184.

Partiendo de una atribución de los congresistas de “[v]elar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores” (artículo 102.2), entenderemos el porqué de nuestra propuesta.

Por ejemplo, en otros países, como Austria, existe una Ley de Medios de Comunicación Social, que desde 1982 busca “garantizar la seguridad del derecho de la libre expresión del pensamiento y de la información, la absoluta libertad de los medios de comunicación”²⁹⁰. Además, dentro de Alemania, una región como Hamburgo posee una Ley de Prensa, para la cual un medio de comunicación social “ha de examinar con el debido cuidado que las circunstancias requieran la veracidad, contenido y origen de todas las noticias antes de su difusión. Persiste inafectado el deber de mantener los impresos de contenido punible (artículo 19 de la Constitución)” (artículo 6). Pero, quizás propuestas de este tipo podrían resultar contraproducentes, razón por la cual preferimos figuras menos directas y desde nuestro punto más efectivas, para que estos medios asuman el verdadero rol que les corresponde.

Existen dos formas en que el Legislativo puede inspeccionar el ejercicio de los derechos de comunicación del discurso por parte de los propietarios y los periodistas en los medios de comunicación social. Una es considerándolos como instituciones; la otra, como servicios públicos.

a. Los medios como instituciones

Recordemos que los derechos de comunicación del discurso además de ser considerados como libertades, poseen un ámbito institucional. Según éste, los derechos promueven un espacio vital de la realidad, y que en este caso se refiere a diversos aspectos sociales, aunque principalmente, se dirige a la fortificación democrática del país. Repasemos, además, que la ‘tentación institucional’ no sólo

se compone de los planteamientos haberlianos acerca de la doble naturaleza de los derechos fundamentales, sino que en sí se integra a la propuesta de la institución promovida por Hauriou.

A través de la conjunción de ambos conceptos, se ha propuesto la conceptualización de los medios de comunicación social como instituciones. En este extremo se recoge la actividad trascendental que cumplen los diversos medios, tanto radio y televisión como la prensa, en el mundo de hoy.

Al considerarse como elementos indispensables de la sociedad democrática, principal instrumento en la formación de la opinión pública y vigorizante de la soberanía popular, se derivaría la institucionalización de los medios de comunicación social²⁹¹. En estricto, las “instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del Orden constitucional y las normaciones que los protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se refiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza”²⁹².

Dentro de este marco de los medios de comunicación social como instituciones, nos parece importante rescatar dos propuestas²⁹³: según la primera se debe brindar un marco adecuado para que los medios de comunicación puedan ser garantizados eficientemente por el Poder Legislativo, al prever una regulación

²⁹⁰ CANCELLERÍA FEDERAL. Austria: Hechos y Cifras. Op. cit. p. 207.

²⁹¹ Sobre su rol en la soberanía, Modesto SAAVEDRA LÓPEZ. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 68; en el mismo sentido, Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 13. Sobre su papel en la opinión pública, Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 42, retomando los postulados del Tribunal Constitucional Federal alemán, en el caso Der Spiegel, BverfGE 12,113.

Para HÄBERLE, las leyes sobre este los medios de comunicación social (o leyes de prensa) pueden aparecer como un modo de ser del instituto de estos derechos, aunque toma como base el artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn [La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. p. 188].

²⁹² JIMENEZ-BLANCO, Antonio. Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución. Op. cit. p. 638.

En fin, la garantía institucional protege a las diversas instituciones existentes en la Constitución: “favorece un análisis sistemático de la norma constitucional en su desarrollo legislativo por cuanto apela a los valores, principios y normas fundamentales del texto constitucional” [LANDA ARROYO, César. Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana. Op. cit. pp. 168 y 169].

²⁹³ Son propuestas, respectivamente, de RIDDER y LERCHE, cit. por Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 108, 110.

adecuada para ellos, que aseguren la transparencia en su actividad, tomando en cuenta la función social que ellos cumplen en la sociedad actual. Esta actividad normativa, además, debe permitir una actividad de preeminencia del editor en la propia organización de los medios; esto incluiría, sin embargo, permitir la existencia de consejos de redacción en el establecimiento de la línea editorial de éstos, o la recomendación por parte del editor de una política de personal prudente.

Pero, ¿qué sentido real o eficacia práctica tendría una concepción como ésta? Lo primero que involucraría es la fortificación de la empresa periodística, al convertirse en un ente organizador de la sociedad. En este esbozo, el periodista aparecería con ciertas prerrogativas especiales en el ejercicio de su actividad, y se exigiría una pluralidad de medios para evitar monopolios²⁹⁴.

Existe además críticas a este planteamiento. Los medios de comunicación social no son órganos públicos integrados dentro del aparato estatal ni cumplen funciones de esta índole (como sí lo cumplen las Fuerzas Armadas, por ejemplo). Esto debido a que los *media* pertenecen al ámbito civil o privado, resultando por ello inaudito adherirse a una postura como la institucional. Además dentro de su propio seno se presentan diversas formas de pensamiento, en vista de lo cual les faltaría una característica de homogeneidad o consistencia.

Existen, conjuntamente, otras críticas a este planteamiento como lo referido a su poca capacidad de mejorar y controlar el contenido de lo comunicado. Bonet es bastante explícito en este tema. Por ello observa como negativo básicamente dos hechos²⁹⁵:

- la tutela de los derechos a la libre comunicación se encaminaría fundamentalmente a una garantía sobre todo de la empresa informativa, esto en contraposición con el respeto a los periodistas;

²⁹⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 34.

²⁹⁵ El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. pp. 52 y 53.

- no existiría ningún tipo de garantía jurídica sobre la calidad²⁹⁶ y la veracidad de la información; en este sentido, el derecho del público se ha de limitar a escoger el medio de comunicación social que desee ver, leer u oír.

Por ello, dentro de un esquema de la comunicación del discurso como derechos fundamentales, se requieren ciertos aspectos que no lo logra la figura de la institución, como son el reforzamiento de la posición del periodista, el acceso directo de los ciudadanos a las fuentes informativas, las limitaciones al contenido de la información o el ingreso a los medios de comunicación social.

Independientemente de la discusión doctrinal sobre tema, y aunque en diversos pasajes de la Constitución se les reconoce a los medios de comunicación social un *status* especial, no por ello se debe inferir que estamos, en el Perú, ante una institución. Primero, porque los derechos que los amparan no son exclusivos de ellos: nos pertenecen a todos por igual. Segundo, porque si bien se les encargan estas funciones, ello no importa la adquisición de prerrogativas especiales dentro de la Norma Fundamental. Así, en el Perú no existe una ‘institución’ de los medios de comunicación social.

Repasemos las tres características fundamentales de las instituciones²⁹⁷ respecto a los medios de comunicación social. Primero, con respecto a los sujetos de derecho -ciudadano o institución-, éstos podrían ser el periodista y el propio medio y su protección se derivaría de los enunciados en el artículo 2.4 y otros del Ordenamiento.

²⁹⁶ Si el criterio para manejar las empresas es meramente económica, el resultado inevitable, señala VARGAS LLOSA, será el abaratamiento del medio, la vulgarización o la banalización del discurso hasta extremos a veces anticulturales [La batalla cultural, p. 45].

²⁹⁷ LANDA ARROYO, César. Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana. Op. cit. p. 170. Al analizar GAVARA DE CARA el planteamiento de HAURIUO, señala que las instituciones han de definirse en función de “las finalidades, las necesidades sociales y los valores a los que obedecen” [Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Op. cit. p. 90]. Más claro resulta aún, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, quien considera impropio la concepción de los medios de comunicación social como instituciones por tres motivos básicamente: no es posible identificar a los medios como instituciones estatales o semiestatales (como los partidos políticos), no conviene ‘consolidar’ la situación de estos medios al momento de realizar la Constitución, al ir contra su carácter dinámico y abierto a innovaciones técnicas y estructurales, y además, lo principal, sólo adquirirá consecuencias sociales si el titular de éstos lo quiere así, ya que la dimensión política de los medios sólo es asumida si es promovida por los propietarios [La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 103].

Segundo, con respecto a la garantía de proteger una zona nuclear, *kernebreich*, de la Constitución (buscándole una efectividad real a lo largo de la Norma Fundamental), en nuestro Ordenamiento existen ciertas actividades en que se exige la participación de los medios de comunicación social, por su importancia social, y reiteramos: ello no basta para consolidarlos como institución:

- difusión y promoción de la paternidad y maternidad responsables (artículo 6 de la Constitución);
- lucha contra las drogas (Plan Nacional de Prevención y Control de Drogas);
- colaboración en la erradicación de la corrupción municipal (Ordenanza 102, de 1996, de la Municipalidad de Lima);
- contribución en la formación educativa, moral y cultural de las personas (artículo 14 de la Constitución).

Y tercero, con respecto a la existencia de una estructura normativa de carácter jurídico-público formada (delimitada y diferenciable), asumimos que la falta de ella, ha de facilitar de negación del reconocimiento de una institución como ésta. Salvo la Ley de Telecomunicaciones, el tratamiento de estas pseudoinstituciones es casi nulo en el país.

Pese a lo afirmado, en un caso de Jurisprudencia Nacional se ha señalado que la actividad periodística “se sustenta en el derecho a la información y constituye institución fundamental a la que es inherente la libertad de expresión”²⁹⁸.

Entonces, si bien la comunicación del discurso surge, en un primer momento, como derechos de libertad, una debida protección de los mismos recién se

²⁹⁸ Ejecutoria Suprema 2201/90, del 26 de marzo de 1991, rec. por Iván Fabio MEINI MÉNDEZ. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. punto 28.

lograría a través de la ‘funcionalización’ de estos derechos²⁹⁹, para lo cual es conveniente nuevamente recordar el impulso institucional, pero no el de Hauriou sino el de Häberle. Gracias a una concepción renovada como ésta, recién aparecería la expresión y la información como verdaderos derechos de participación, posibilitando una función organizadora y configuradora del Estado.

La verdad que lo único que se ha institucionalizado de los medios de comunicación social es su propensión y devoción a las verdades a medias, el puro chismorreo y la falsedad.

Retomándose el caso de la muerte de la princesa Diana de Gales, se ha señalado que lo preocupante de la degradación de estos medios es que en ella “participan en comandita las empresas editoras, en muchas ocasiones también los propios protagonistas interesados en la información, desde luego los *paparazzi* como instrumento de un negocio rentable, y -no se olvide- el público como actor principal del proceso, que consume ávidamente estar revistas y estos programas de televisión basura”³⁰⁰.

b. Los medios como servicios públicos

Mucho más cercana a la realidad es la concepción de los medios de comunicación social como servicios públicos. Gracias a la Ley de Telecomunicaciones, a la que ya hicimos referencia, esta posibilidad se vuelve una propuesta más sensata en el país.

²⁹⁹ A igual conclusión llega Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit. p. 104.

Atribuir a una actividad la calidad de ‘servicio público’ significa que el legislador ha identificado una ‘necesidad socialmente significativa’ y considera que el Estado debe intervenir y por ello debe regularla. Lo que debemos quitarnos de la mente es que siempre el Estado va a realizar la actividad; también lo podrán hacer los particulares.

Una cosa es que exista un servicio público y otra muy distinta es la forma en que ésta es proporcionada al público. Son tres los sistemas de prestación, los cuales pasamos a explicar someramente.

(A) Realizada sólo por el Estado

Ésta es la clásica concepción de ‘servicio público’. Es muy sencilla: el Estado reconoce una necesidad social e interviene directamente.

(B) Realizada sólo por los particulares

En este caso, el Estado, encargado de brindar el servicio público, acude a una entidad particular para que ella sea quien efectivamente preste dicho servicio. Es por ello que esto se denomina como una ‘actividad privada regulada’, debido a que básicamente se actúa bajo la premisa de su derecho a la empresa -léase, libertad de empresa- y el rol del Estado simplemente es subsidiario. Se puede dar a través de autorizaciones o concesiones.

(a) Autorizaciones

Tiene como base la libertad en el impulso de la operación. Dentro del Ordenamiento, el desarrollo de la actividad se centra en la calificación de los operadores de la actividad a través de una licencia. En ella se presentarán las características de la empresa, un plan a seguir y todo aquello que requiera el Estado conocer.

³⁰⁰ CARRILLO, Marc. Información e intimidad. Op. cit. p. 02.

(b) Concesiones

El Estado, como titular de la actividad, al detectar una ‘necesidad socialmente significativa’ también puede requerir la colaboración de los particulares a través de una concesión. Este otorgamiento gubernamental incluye fines de explotación, aprovechamiento o disfrute de determinada actividad.

(C) Realizada por el Estado y los particulares

Es cuando una misma actividad puede ser prestada tanto por el Estado como por los particulares. Existen tres formas en que puede darse: Estado y concesiones, Estado y licencias, y Estado, concesiones y licencias.

Lógicamente, en el caso de la comunicación del discurso, el Estado puede concebir esta actividad como un servicio público. Sin embargo, debemos hacer una distinción entre los medios de comunicación social, puesto que las características entre ellos difiere cualitativamente, sobre todo cuando nos referimos a la ‘cláusula de licencia’.

La realidad nos dice que la igualdad entre los medios de comunicación social es imposible de dar, puesto que los medios escritos requieren según cuestiones técnicas³⁰¹ de menos requerimientos que la radio o la televisión.

A partir del presupuesto constitucional, podemos distinguir básicamente cuatro tipos de medios de comunicación³⁰²: radio, televisión, cine y medios escritos

³⁰¹ Las diferencias técnicas son más que evidentes: las posibilidades de los particulares “*of obtaining information through the media of his choice or of gaining access to the media are very restricte (chiefly by the sortarge of radio frequencies)*” [HONDIUS. Freedom of expression and information in European Law, cit. por Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 114].

Aunque la idea original de los derechos de comunicación del discurso se centra en la libertad de su ejercicio, “[I]a regulación se justifica por la existencia de limitaciones en el número de frecuencias disponibles. En teoría, [un medio de comunicación social] no se encuentra limitada en este aspecto, pero el desarrollo de los sistemas de cable de fibra óptica y la difusión por satélite han revolucionado el campo, hasta el punto que el establecimiento de emisoras se considera más como la prestación de un servicio público que como derivación natural de la libertad de información” [‘Derechos de los medios de comunicación’. En: Enciclopedia Microsoft, versión 1998 ©. Microsoft Corporation, 1993-1997].

³⁰² Según PERLA ANAYA, para el constituyente sólo califican como medios de comunicación social estos cuatro [El derecho constitucional de rectificación. Op. cit. p. 241]; sobre la idoneidad de estos medios, también, Juan Antonio TRAVIESO. La libertad de expresión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 889.

(periódicos, revistas y libros), aunque actualmente podemos agregar uno más (internet). Sin embargo, el Estado podrá diferenciarlos: habrá una regulación especial para las ondas de radio y televisión, según las normas nacionales e internacionales³⁰³.

No existe razón alguna para considerar a los medios escritos como servicios públicos puesto que la naturaleza de la actividad se contradiría con la función misma de la intervención estatal. Si bien en el resto de medios es lógica la existencia de requerimientos por el uso de frecuencias (tal como es la radio y la televisión), en estos medios la difusión es estrictamente una actividad privada puesto que cualquiera en virtud de los derechos fundamentales involucrados podríamos imprimir una obra gracias a nuestra impresora en un tiraje amplio y no tendríamos por qué tener una licencia previa para su uso.

Sin embargo, como decíamos el caso de la televisión y la radio, la cuestión dista mucho de lo que expresado respecto a los medios escritos. En este caso, sí podrían ser considerados, entonces, como servicios públicos. Sin embargo, también podríamos encontrar una propuesta contraria: si bien lo que se busca básicamente es dotar de titularidad al Estado es para que éste traspase las señales y ondas a los medios de comunicación social que crea conveniente y cumplan con ciertos requisitos mínimos, esto no nos conduciría a otro camino como es una posibilidad más de control del discurso y la monopolización del mercado. Pese a este argumento, así no asumamos a los medios de comunicación social como servicios públicos -y lo mismo sucedería como instituciones-, como sucede en la actualidad, el control por parte del Estado de los canales de televisión, básicamente, es más que evidente.

³⁰³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Las libertades informativas en la Constitución española de 1978. Op. cit. pp. 104 y 105.

Se podrían exigir para su funcionamiento requisitos de orden material. Sobre la base de una actividad libre, creemos ventajoso regular ciertas cuestiones relacionadas con el rol social que deben cumplir, ya sea a través de licencias de funcionamiento o de concesión, aunque de por sí el término de ‘cláusula de licencia’ parece inclinarse hacia la primera de las opciones.

Es muy claro al respecto el artículo 20.3 de la Constitución española que se adhiere a este sistema: “La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”. Este planteamiento novedoso³⁰⁴, entonces, crearía pluralismo informativo, exigiría un mínimo de calidad a las informaciones y permitiría el acceso efectivo de los ciudadanos a los medios.

Sin embargo, y tal como lo anota inteligentemente el Pontificio Consejo para las Comunicaciones Sociales, “el mal uso del servicio público puede llevar a la manipulación ideológica y política, así, la comercialización no reglamentada y la privatización de la difusión tienen profundas consecuencias. En la práctica, y frecuentemente de forma oficial, la responsabilidad pública del uso de las ondas está infravalorada. Se tiende a evaluar su éxito en función del beneficio y no del servicio”³⁰⁵.

Por eso, para ZÚNIGA URBINA debe concebirse respecto a estos medios una ‘libertad de antena’ [Libertad de opinión e información. Op. cit. pp. 176 y ss.].

³⁰⁴ Asumiendo la opción constitucional española, se pronuncian a favor Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 389; Modesto SAAVEDRA LÓPEZ. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 59.

³⁰⁵ Instrucción pastoral *Aetatis Novae*. Sobre las comunicaciones sociales, en el vigésimo aniversario de *Communio et Progressio*. punto 5. En: <http://www.multimedios.org/texts/aetatis.htm>.

Recientemente, el Papa Juan Pablo II, ha señalado que “muchas fuerzas que podrían conducir a una mejor comunicación pueden llevar también al aumento de la inadaptación y alienación. Sin embargo, nosotros mismos nos encontramos en un tiempo de amenaza y promesas. Ninguna persona de bien deseará que la amenaza prevalezca de forma que pueda producir todavía más sufrimiento humano” [Los *mass media*: presencia amiga para quien busca al Padre. Mensaje dado en la 33ª Jornada Mundial para las Comunicaciones Sociales, en mayo de 1999. En: <http://www.multimedios.org/bec/etexts/33ccss.htm>].

La forma más conveniente, a nuestro entender, es configurar la televisión y la radio como servicios públicos, a través de licencias de funcionamiento. Con ellas existirían exigencias mínimas para cumplir con las funciones que la Constitución le ha encomendado a los medios de comunicación social, tal como lo revisáramos *supra*. Se salvaguardaría de mejor forma los derechos de respeto propio, puesto que la responsabilidad social de estos medios se vería asegurada.

Así, a través del Capítulo VI (Servicios de Difusión) del Texto Único de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo n° 013-93-TCC, se considera que estos medios -televisivo o radial- requieren “de concesión. Para prestar estos servicios privados de difusión y radiodifusión se requiere de autorizaciones, permisos y licencias” (artículo 22). Inmediatamente, agrega que estos servicios “se prestarán de acuerdo con los planes nacionales e internacionales de desarrollo y de asignación de frecuencias. El Estado reservará para sí, frecuencias en cada una de las bandas de radiodifusión sonora y de televisión, comprendidos en el Plan Nacional de Asignación de Frecuencias” (artículo 25).

Es más, se incluye una responsabilidad directa de los medios de comunicación social nombrados en casos específicos para el fortalecimiento democrático del país. Así, “[e]n concordancia con los artículos 131 y 134 de la Constitución Política del Perú, el Jurado Nacional de Elecciones, durante los procesos electorales, velará porque las empresas que prestan servicios de radiodifusión otorguen, en igualdad de condiciones comerciales sin discriminación de ninguna clase, espacios a los partidos políticos, agrupaciones políticas o candidatos debidamente inscritos en el Jurado Nacional de Elecciones y que participen en la contienda electoral” (artículo 26). Todo esto parece haber quedado en letra muerta puesto que en la práctica, hemos sido testigos de cómo en las últimas elecciones presidenciales se ha vejado la intelectualidad de los televidentes, al estar todos los canales de señal abierta secuestrados por el régimen³⁰⁶. En vez de suplir algún tipo de insuficiencia de la

³⁰⁶ Parece haberse caricaturizado en este proceso electoral lo que ya señalaba MILL: “Si toda la humanidad, menos una persona, fuera de la misma opinión, y esta persona fuera de opinión contraria, la humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase como ella misma lo sería si teniendo poder bastante impidiera que hablara la humanidad” [Sobre la libertad. Op. cit. p. 77; retomada también por Modesto SAAVEDRA LÓPEZ. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 64]. En el caso peruano no ha sido toda la humanidad sino más de

televisión privada, la estatal coadyuva -si no, fomenta- el atropello por la decencia de la persona. Pero, a lo que nunca debe llegarse es a la concesión de licencias *ratione politica*³⁰⁷.

Otro tema que parece preocupar al legislador ha sido la relación de estos medios con la educación, tema que es recogido en la Constitución (artículo 16 *in fine*). Por eso, agrega que “[e]l Ministerio de Educación y el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción concertarán con los organismos representativos a los medios de radiodifusión, a fin de establecer un código de ética y conducta que permita difundir una programación que mantenga los principios formativos que relievén la dignidad eminente de la persona humana y la defensa de la familia como célula básica de la sociedad, así como los demás valores que proclama la Constitución Política del Perú como factores de integración, de identidad nacional y de pacificación” (artículo 27)³⁰⁸. Otra facultad del Estado que parece haber caído en un saco roto. Somos testigos diarios de cómo -impunemente y sobre todo- las empresas televisivas burlan sus fines educativos, centrando la atención del público en la degradación de la persona humana y la afectación de su vida privada (si no basta ver dos programas con un alto rating - un *reality show* y un programa de farándula-, los mismos que cuentan con la venia gubernamental al apoyar todas y cada uno de los atropellos que se realizan desde el poder: ¿con qué moral el régimen podrá corregirlos?). Y aunque el artículo 75.16 señala como una de las funciones del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, “aplicar y hacer cumplir la presente Ley, sus reglamentos y demás disposiciones conexas”, no encontramos el medio coercitivo ideal para que esta exigencia pueda hacerse realidad.

Además, la ley propone un sistema mixto, en el que no sólo intervenga el Estado como prestador del servicio, sino principalmente la empresa privada, tal como ha venido sucediendo en los últimos años en el país. Se puede decir que en la

diez millones de nacionales los burlados y no sólo ha sido una persona, sino una cúpula gubernamental, la que lo ha hecho. Sobre el tema revisar, Víctorhugo MONTOYA CHÁVEZ. Perú, televisión con futuro. Op. cit. pp. 17 y ss.

³⁰⁷ Entendido esto como una forma de exclusión de masas [FARIAS GARCÍA, Pedro. Libertades públicas e información. Op. cit. p. 28].

³⁰⁸ Además, continúa en el artículo 28 con este tema: “El código de ética y conducta a que se refiere el artículo anterior tendrá especial cuidado en señalar que durante las horas de audiencia infantil se difunda solamente programas de contenido educativo, cultural y de distracción propias de dicha audiencia”.

actualidad asumimos un sistema mixto o de integración³⁰⁹, en el que conjuntamente con empresas privadas también se observa la presencia de públicas que cubren las deficiencias de las comerciales, como puede ser Televisión Nacional del Perú y Radio Nacional del Perú³¹⁰.

En fin, la configuración de los medios de comunicación, especialmente los de frecuencia, a través de la actividad legislativa, dista mucho de ser producida de manera conveniente. Tal vez la presión de estos medios para que no estar sometidos a nuevos Estatutos de Prensa, trauma de los setenta al que hemos hecho referencia varias veces, ha hecho imposible cualquier tipo de tratamiento legislativo sobre su actividad. De esta forma casi no se puede tutelar el respeto propio.

El inexistente tratamiento como instituciones y el poco desarrollo del servicio público ha hecho que este tema pase desapercibido en la doctrina nacional, y lo proponemos como asunto de debate, pues cada día somos testigos de la falta de conciencia y la impunidad con que actúan los periodistas y los propietarios -si es que marcan la línea periodística del medio- respecto al deferencia de los demás. Creyéndose dueños de la verdad y justicieros asolapados no van a solucionar nada. Pero también tienen razón en una cosa: es tan pobre la conciencia de nuestros legisladores que dejar en sus manos el futuro de nuestros medios de comunicación es como ir una oveja a la boca del lobo. Con otras estructuras y una verdadera institucionalización democrática, muchas cosas podrían cambiar.

³⁰⁹ Según SAAVEDRA LÓPEZ, existen también un 'modelo estatal', fácilmente observable en Alemania, cuyo "resultado es una programación más o menos equilibrada, no necesariamente neutral y anodina, sino plural y variada" y un 'modelo de concurrencia', similar al de los medios escritos, donde el mercado es quien satisface las demandas de la audiencia" [La libertad de expresión. Op. cit. pp. 131 y ss.].

³¹⁰ Sobre este tema es muy claro el artículo artículo 9 de la Ley: "En cuanto a la utilización y naturaleza del servicio, los servicios de telecomunicaciones se clasifican en: a. Públicos; b. Privados; c. De Radiodifusión: Privados de Interés Público".

Entonces las dificultades de este planteamiento hace que los propios medios asuman su rol, y para ello damos paso al último tópico de este capítulo.

3.2.2.2. El Ombudsman de los medios de comunicación social

La posibilidad de que los propios medios de comunicación se controlen y creen mecanismos adecuados para que la población pueda hacer llegar sus sugerencias hace que nos mostremos encandilados a simple vista con la idea. No sólo los medios se comprometen a actuar con responsabilidad social sino además el público puede encontrar una forma adecuada de salvaguardar sus derechos al honor y a la vida privada en la realidad. Sin embargo, la experiencia peruana en es aún reciente, y por lo tanto no tan auspiciosa.

La idea es que se forme un Ombudsman, término nórdico que hace referencia a un hombre defensor, permite un resguardo, el mismo que no debe centrarse – lógicamente- en los propios medios, sino básicamente en los destinatarios quienes podrían verse afectados por el ejercicio abusivo de la comunicación del discurso por los periodistas.

Justamente para entender mejor esta situación, regresemos al tema de la responsabilidad social de los medios de comunicación social³¹¹. Ya advertíamos su importancia dentro de la comunidad, por lo que una actividad conveniente en

³¹¹ Sobre esta responsabilidad, revisar Eloy GRIMALDOS MÉNDEZ. Notas sobre la libertad de expresión. http://www.epasa.com/El_Panama_America/archive/011297/opinion2.html; Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 102.

Este tema también ha sido materia de tratamiento constitucional. Así es tratado de manera genérica en las Constituciones de Nicaragua, artículo 67 y de Colombia, artículo 20.b. En otros casos, se manifiesta la necesidad de una dirección responsable de medios de comunicación social, como es en el caso de la Constitución de Paraguay, artículo 27.

Sobre la autorregulación para controlar esta responsabilidad social, ver el Código de la Unesco de 1993.

dicho sentido participaría, de manera adecuada, en el desarrollo de la persona. En caso contrario, se traicionaría su fin mismo.

Para aclarar más este punto, Saavedra López nos presenta las principales corrientes funcionalistas de los medios de comunicación social. En estricto, son cinco las labores que deben cumplir, esto es: supervisión del entorno, correlación de la sociedad en respuesta a ese entorno, transmisión de la herencia social de una generación a otra, distracción de la gente y movilización como apoyo al cambio³¹². Sin embargo, actualmente la cultura comunicativa en el Perú se ha visto quebrada por la aparición masiva de diversos medios que, lejos de cumplir esta función social, se centran en el sensacionalismo y van tras las ventas.

Los medios de hoy se ufanan por vituperar a diversos personajes públicos (entre los que se encuentran los políticos, artistas, deportistas y periodistas de medios serios), por inmiscuirse en la vida privada de las personas, por vivir del escándalo. Ya nos estábamos acostumbrando -mejor dicho, malacostumbrando- a ver los denominados 'periódicos chichas', prensa amarilla que en cada esquina, cada quiosco nos muestran titulares estrambóticos con dos inconfundibles fotos, una de algún suceso lamentable -léase, muerte, violación, o algo similar- y otra de una vedette (si es que no es una simple bailarina de un *night club*) que nos muestra alguna de sus partes íntimas, cuando de pronto aparece ya esta moda chicha en la televisión. Lo que tenemos la suerte de tener cable podemos cambiar de canal y olvidarnos de ello, pero sin embargo la mayoría de la población nacional consume esos productos-basura que invaden sus hogares ya sea por la prensa o por la televisión³¹³.

Esta disfunción de los medios de comunicación social hace que Saavedra López, describa a este 'síndrome de la prensa comercial' como una subordinación de la redacción a la propiedad, tendencia a la monopolización de la propiedad,

³¹² La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. pp. 31 y ss., rescatando las propuestas de LASSWELL (tres primeras funciones), WRIGHT (entretenimiento) y M^c QUAIL (movilización).

³¹³ MONTOYA CHÁVEZ, Victorhugo y Alejandro NEYRA SÁNCHEZ. Con miedo al medio. Op. cit. p. 130.

abaratamiento del producto, debilitamiento cultural del producto y despolitización del contenido³¹⁴.

Los nuevos fines a cumplir a través de la actividad comunicativa, obliga a realizar una fuerte inversión en infraestructura informativa y de elevado coste financiero. Sin embargo, en países como el nuestro, la estabilidad económica de los medios de comunicación está lejos de considerarse como adecuada. Estos medios, al igual que casi todas las empresas, están en una profunda crisis económica dependiendo, quizás por este motivo, de los ingresos producto de las publicidades y ventas. Ya hacíamos mención de estos problemas cuando analizábamos al poder económico como un destinatario de los derechos de comunicación del discurso.

La relación de los medios de comunicación social y un debate público racional permite que los diferentes argumentos y opiniones que se exponen sean evaluados y criticados por el público. “Es por eso que dicha racionalidad depende de la posibilidad de separar al comunicador de los poderes y privilegios que puedan dificultar el diálogo y la crítica”³¹⁵.

Sin embargo, se ha producido una distorsión en el fin que cumplen los derechos: “los medios de comunicación, sometidos a los imperativos del mercado y sus leyes, se inclinan por una línea editorial o por una noticia, ya no en función de un interés social o público, sino basándose fundamentalmente en la oportunidad y rentabilidad económica”³¹⁶. En este contexto “los medios de comunicación social tienen tan sólo dos opciones. O ayudan a la persona humana a crecer en su

³¹⁴ La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 89, lo cual desvirtúa la capacidad de ‘legitimación’ de los medios de comunicación social.

³¹⁵ BOUZAT, Gabriel. Libertad de expresión y estructura social: el derecho de réplica. Op. cit. p. 92.

Pero sólo si cumplen con una ‘implantación social’ del derecho se puede concebir una calidad de institución como en Alemania: “la libertad de expresión es un ‘instituto’ sólo cuando se tienen manifestaciones de pensamiento de muchos sujetos, desde los cuales es posible se forme una opinión pública” [HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Op. cit. p. 198].

³¹⁶ BONET, Jordi. El Derecho a la Información en el Convenio de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 54, al igual que Enrique GÓMEZ-REINO Y CARNOTA. La libertad interna de los medios privados de comunicación social. Op. cit. p. 30.

conocimiento y en identificar el bien y el mal, o son fuerzas destructivas en conflicto con el bienestar humano”³¹⁷.

Así, este desarrollo tecnológico ha impuesto a los medios de comunicación social depender primordialmente de la publicidad, convirtiéndose ésta en una de sus principales fuentes de financiamiento (si es que no es la primera). Ha crecido la competencia mercantil entre los medios, al adoptarse criterios mercantiles en la gestión de las empresas, y ha existido la evolución de la propiedad de estos medios, marcándose por un acelerado proceso de concentración de las empresas informativas (tanto de una perspectiva horizontal como de una vertical) y la lógica aparición de tendencias oligopólicas y monopólicas en el mercado.

Con razón se ha señalado que en el mundo actual existe una desconsideración de la actividad de los medios de comunicación basada en una función social (y sobre todo política) por la búsqueda exclusiva del beneficio³¹⁸. Entonces más que a empresas dedicadas a la comunicación del discurso, y enmarcadas en el artículo 2.4³¹⁹, nos encontraremos frente a empresas que buscan vender sin importar para nada la salud intelectual de la población ni el fortalecimiento democrático de la sociedad. Por eso, como dice Pace, utilizan la clásica receta de espectáculos de variedades (en los que destacaríamos a los famosos *talk* -o *reality*- show, tan de moda en el país), fútbol y películas de sexo y violencia³²⁰.

Como solución frente a los abusos por parte de los propietarios es encontrar un reparto de competencias en materia de redacción: línea editorial la pone el propietario, las directrices generales, también ellos, pero las competencia del

³¹⁷ PONTIFICIO CONSEJO PARA LAS COMUNICACIONES SOCIALES. Ética en la publicidad. Op. cit. p. 26.

Al mismo tiempo, no debemos olvidar que “[e]l cambio que hoy se ha producido en las comunicaciones supone, más que una simple revolución técnica, la completa transformación de aquello a través de lo cual la humanidad capta el mundo que le rodea y que la percepción verifica y expresa. El constante ofrecimiento de imágenes e ideas así como su rápida transmisión, realizada de un continente a otro, tienen consecuencias, positivas y negativas al mismo tiempo, sobre el desarrollo psicológico, moral y social de las personas, la estructura y el funcionamiento de las sociedades, el intercambio de una cultura con otra, la percepción y la transmisión de los valores, las ideas del mundo, las ideologías y las convicciones religiosas” [Instrucción pastoral *Aetatis Novae*. Sobre las comunicaciones sociales, en el vigésimo aniversario de *Communio et Progressio*. punto 4. En: <http://www.multimedios.org/texts/aetatis.htm>].

³¹⁸ VOYENNE. La información hoy, cit. por Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 54.

Es por eso que en esta carrera por el dividendo, los medios de comunicación social ponen en el mercado los productos más apreciados por el público, “ya no se está tratando de espacios con los cuales se trate de formar la opinión pública en un cierto sentido y ni siquiera de proporcionar una información, sino de poner en mercado un producto con potencialidad de congregar lectores, televidentes o radio – oyentes, que permitan aumentar las ganancias o/y la capacidad de influenciable medio de que se trate” [ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 135].

³¹⁹ Por eso, para BONET, lo preocupante es que la real vigencia de los derechos a la información y expresión “está amenazada por la irrupción en el mundo de comunicación de empresas ajenas a él” [El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 72].

detalle y de comunicación diaria, los periodistas; además debería existir un Código de Trabajo así como una participación de los periodistas en las decisiones de la empresa³²¹. Y es que los deberes de los medios de comunicación social ‘empiezan en casa’, actuando adecuadamente, con ética, con profesionalismo y con independencia³²².

Como corolario, señalaremos que los medios de comunicación social desaprovechan una brillante oportunidad de colaborar con el país, puesto que más allá de autoconsiderarse como el ‘Cuarto Poder’, y creerse autosuficientes, deben ser conscientes del rol que deben cumplir, y lejos de jactarse de paladines de la democracia deberían preocuparse de serlos, realmente.

Pero el problema trascendental es que se mete en un sólo saco a todos los medios de comunicación social, pero existen algunos que verdaderamente se preocupan por el cumplimiento de sus obligaciones. Y son precisamente éstos los que menos requieren de autorregulación -que no es lo mismo a decir que no la necesitan-, los que se han preocupado de crear lo que se ha venido a denominar el Consejo de la Prensa Peruana³²³, organización civil que busca afianzar la credibilidad de los medios escritos nacionales.

Un punto esencial es que en ella se hallan representados diversos medios de prensa que se han adherido voluntariamente a los principios de esta

³²⁰ El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass media. Op. cit. p. 35; en sentido similar, Alejandro MIRÓ QUESADA GARLAND. El periodismo. Op. cit. p. 129 (fórmula SS: sexo y sangre)

³²¹ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique. La libertad interna de los medios privados de comunicación social. Op. cit. pp. 31 y 32.

³²² ULIBARRI, Eduardo. Entre el activismo y la crítica. Op. cit. p. 88.

³²³ La propuesta de la creación de este Consejo surgió en 1996, y llegó a concretarse en agosto de 1997, al instalarse la Junta Directiva, responsable de los asuntos gremiales (integrada actualmente por Enrique Zileri Gibson, de la revista Caretas, como Presidente, María Ofelia Cerro, de La Industria, Manuel Ulloa van Peborgh de Expreso, Alejandro Miró Quesada Cisneros, del diario El Comercio, y Luis Agois Bancharo, de Ojo), perfeccionándose en marzo de 1998 con el establecimiento oficial del Tribunal de Ética, encargado de resolver las solicitudes de rectificación y quejas (compuesta al día de hoy por Cecilia Blondet Montero, como Presidenta, Mario Pasco Cosmópolis, como Vicepresidente, Alberto Cazorla Talleri, Alfonso de los Heros Pérez-Albela, Marcial Rubio Correa, Juan Zegarra Russo y Armando Zolezzi Möller). Además cuenta con una Directora de Proyectos, cargo ocupado por Kela León Amézaga.

institución³²⁴, pero quizás lo que más llama la atención es que en ella no encontramos a los medios que más requieren de un control: los periódicos ‘chichas’, aquellos encargados y dedicados exclusivamente a vilipendiar y repudiar a las personalidades de oposición y la gente de la farándula.

Sin embargo, creemos que se ha logrado meridianamente el fin que debe tener este Ombudsman en la búsqueda por “deslindar los hechos, brindando la noticia sin mezclarla con actos de la vida privada de la persona [y con su honor] que sólo serviría para fomentar el escándalo, despertar la curiosidad morbosa y por ende buscar vender más, es decir, la responsabilidad está en no caer en lo que se denomina el ‘periodismo amarillo’³²⁵. Lo que sucede es los intentos de autorregulación no ha tenido el efecto deseado en los famosos periódicos ‘chicha’, quizá porque éstos “han llevado a preguntarse si los propietarios de los informativos sensacionalistas son más proclives a afrontar la censura o el descenso de las ventas que podría derivarse de una mayor autocontención”³²⁶.

En general, un Ombudsman de los medios de comunicación social permite una adecuada relación entre los medios y los particulares. Es decir, los primeros pueden escuchar las propuestas -a veces exigencias- de los segundos, como puede ser en el caso de la rectificación.

Por eso, señala Miró Quesada Garland, que “es importante que los medios desarrollen políticas internas de autocontrol y responsabilidad. Es inclusive esencial que se busque un tipo de soluciones gremiales, de manera que sean los propios periodistas o empresas quienes generen y aplique sanciones morales a quienes olviden sus deberes”³²⁷. Y según recuerda Carrillo, los propios medios se

³²⁴ Encontramos entre ellos a los principales diarios de circulación nacional, como El Comercio, Expreso, La República o Gestión, a otros no tan formales como Extra, Ajá, El Popular u Ojo, los deportivos El Libero y El Bocón, así como algunos de difusión local, como La Industria de Chiclayo, El Tiempo de Piura, La Industria de Trujillo, Satélite de Trujillo, El Pueblo de Arequipa, La Industria de Chimbote o Satélite de Chimbote. Entre las revistas encontramos, Caretas, Instituto de Defensa Legal, Debate y Actualidad Económica, Business, Cosas y Sí.

³²⁵ MORALES GODO, Juan. El derecho a la información y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 161 y 162.

Además, para TRAVIESO, “la institución del Ombudsman [...] representa un camino alternativo para mediar, solucionar y actuar a título preventivo” [La libertad de expresión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 900].

³²⁶ FENBY, Jonhatan. En las fronteras de la vida privada. Op. cit. p. 22.

³²⁷ La libertad de prensa en el Perú, cit. por Hugo OSORIO MELÉNDEZ. Políticas de Información y Derecho. Op. cit. p. 193.

obligan a “utilizar métodos dignos para obtener informaciones o imágenes sin recurrir a procedimientos ilícitos”³²⁸.

Además, debemos tener en cuenta que “[l]a importancia de la autorregulación, y de que el control realizado sea idóneo y objetivo, radica en que se constituye como un modo de evitar la intervención gubernamental bajo el pretexto de la defensa de los ciudadanos afectados en sus derechos fundamentales”³²⁹. Es una forma de autogobierno, en quintuple sentido tal como lo reconoce Smolla³³⁰: participar políticamente, buscar la verdad política, facilitar el gobierno de la mayoría, restringir en lo posible la tiranía, la corrupción y la ineptitud, y promover la estabilidad político-social.

Así vista, la figura del Ombudsman de los medios de comunicación social, “permite un mejor manejo de la información, y una mejor defensa para el consumidor - lector u oyente-, pues permite un acercamiento entre el público y el medio, sin circunscribirse sólo a los pedidos de rectificación, sino a otros casos de protección en general”³³¹.

Un Consejo de Prensa debería regirse, según la Tercera *Royal Commission on the Press*, por tres pautas³³²: no guardar relación con el gobierno, demostrar su independencia de los medios de comunicación social, y sus resoluciones deben ser competentes como para ser respetados por periodistas, redactores y editores.

La experiencia de los países extranjeros en este tema es sumamente importante, estando el Ombudsman dedicado a diversas funciones y actividades. Pese a lo cual, el fin esencial sigue siendo el mismo: el autocontrol.

Si bien en el caso peruano sólo se han centrado en la prensa, el Ombudsman puede apuntar a diversos tipos de medios. Una acotación: aunque la

³²⁸ Información e intimidad. Op. cit. p. 3, recogiendo los postulados del Código Deontológico catalán (1992) y el de la FAPE (1993).

³²⁹ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Fundamentos doctrinarios y jurídicos de un Estado de Derecho – Discurso. Disertación del Defensor del Pueblo en un evento organizado por la Asociación Nacional de Periodistas del Perú. Lima, 20 de julio de 1998.

³³⁰ *Free speech in an Open Culture*, cit. por Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ. La libertad de expresión. Op. cit. p. 34.

³³¹ MONTOYA CHÁVEZ, Victorhugo y Alejandro NEYRA SÁNCHEZ. Con miedo al medio. Op. cit. p. 148.

³³² MORGAN, Kenneth. El papel del ‘*Press Council*’. En: Revista del Consejo Superior del Poder Judicial. Madrid, n° XI (especial, 1985). p. 227.

autorregulación no puede ser impuesta desde afuera³³³, en algunos casos la promoción de estos organismos surge a partir del propio Ordenamiento, es decir, el Estado fomenta su creación, pero no participa de su organización y funcionamiento.

(a) Para todos los medios

En dos Constituciones encontramos referencias someras sobre los Ombudsmen. En el caso brasilero se ha previsto el establecimiento del Consejo de Comunicación Social, como órgano auxiliar de los medios (artículo 224). En el portugués se hace referencia a los Consejos de Información, dedicado básicamente a la actuación debida de los medios de comunicación en los procesos electorales, por lo cual estarán integrados proporcionalmente por representantes designados por los partidos políticos que tengan escaños en la Asamblea de la República (artículo 39.3), garantizando una orientación general que respete el pluralismo ideológico (artículo 39.4).

Sin embargo, una experiencia constitucional realmente valiosa la encontramos en el Alto Concilio de Información y Comunicación del Congo, el mismo que se esforzará por asegurar el respeto de reglas de garantía de responsabilidad profesional por parte de los medios y la expresión pluralista de opinión pública, regulando las relaciones de comunicación entre los poderes públicos, los órganos de información, y el público (artículo 157). Una cosa que llama la atención de este Concilio es su conformación, la cual incluye once miembros, los mismos que representan a las diversas áreas de la sociedad nacional (tres son profesionales de la comunicación, dos pertenecen al Ejecutivo, tres al Parlamento, uno de las asociaciones Civiles, uno de las asociaciones científicas e intelectuales y uno de las asociaciones del consumidor) y que deben contar, según referencia expresa, con una experiencia profesional no menor de diez años (artículo 158).

(b) Para los medios escritos

³³³ Tras la propuesta de la Asociación Mundial de Consejos de Prensa para elaborar un Código Internacional Ética para medios de información, la Sociedad Interamericana de Prensa, en su 54ª Asamblea General, realizada en Punta del Este, Uruguay, del 13 al 18 de noviembre de 1998, dentro de sus Resoluciones expresó una oposición enérgica a este plan puesto que "dicho código probablemente sea utilizado por los gobiernos represivos para limitar la libertad de prensa y hostigar a los periodistas".

Al igual que en nuestro país, existe en Alemania, el Consejo Alemán de Prensa (*Deutscher Presserat*), que es integrado sólo por los medios de comunicación social escritos. Es un órgano de auto-control de la prensa, sin intervención estatal que se ocupa de los posibles abusos, examina quejas, recomienda a los medios y defiende la libertad de información de los medios³³⁴.

Pero quizá la institución que marca el inicio de esta actividad se encuentra en Suecia, cuando en 1969 se creó el Ombudsman de la prensa, cuya función principal fue doble³³⁵: ocuparse de las infracciones de la ética profesional y ayudar a conciliar las posiciones encontradas en el ejercicio de los derechos de comunicación del discurso.

La experiencia austriaca también es importante revisar. Si bien existen dos organismos de este tipo como el Club de Prensa 'Concordia'³³⁶ y el Consejo de Prensa Austríaco³³⁷, es el segundo quien ha tomado preponderancia. A través de él, se ha de controlar que sean respetados los deberes profesionales de la prensa y que sus derechos no sean lesionados, haciendo lo posible para velar por el prestigio de la misma, verificando anomalías y, finalmente, defender los intereses de la prensa frente a la legislación, la administración y la opinión pública, pudiendo todo ciudadano recurrir al Consejo de Prensa cuando considere que un diario o revista, haya violado la libertad de prensa, que una publicación contradiga las buenas costumbres, que exista usurpación en los derechos personales, que en las informaciones sea lesionado el deber de veracidad o que no hayan sido observados los principios de trabajo publicitarios, situaciones para las cuales el Consejo de Prensa ha publicado una serie de directrices³³⁸.

En Inglaterra existe la *Press Complaints Commission*, cuyos miembros son seleccionados entre los directores de los periódicos y las revistas así como gente no perteneciente a este sector, proponiéndose un código de ética que rige el respeto de la vida privada³³⁹.

³³⁴ MADLENER, Kurt. Justicia penal y libertad de prensa. Op. cit. p. 382.

³³⁵ VÁSQUEZ, Aldo. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. pp. 120 y 121.

³³⁶ Permite representar los intereses de los periodistas y escritores miembros del mismo y realizar encuentros con los representantes de la política, de la economía, la ciencia y de la sociedad.

³³⁷ Es un órgano de autocontrol voluntario de la prensa que fuera creado por la Asociación de Diarios Austríacos y el Sindicato de Periodistas en el año de 1961.

³³⁸ CANCELLERÍA FEDERAL. Austria: Hechos y Cifras. Op. cit. p. 210.

³³⁹ FOREIGN & COMMONWEALTH OFFICE. Los derechos humanos en el Reino Unido. Londres: HMSO, 1992. N° 3 (a), 91/695. p. 26.

(c) Para los medios televisivos y radiales

A diferencia del caso anterior, en otros países, como Venezuela, se ha reunido a los medios televisivos. Así, a partir de una iniciativa del Congreso -aunque existe el compromiso del gobierno de no intervenir en él- se ha creado el Consejo Nacional de Televisión (CNTV), organismo independiente del que son parte todas las instituciones interesadas que se encargarán de controlar toda la programación de televisión; en esencia, “[s]erá un mecanismo para controlar a quienes juegan un doble papel, como periodistas y como empresarios de unos medios de comunicación, y que se valen de esta posición para defender intereses económicos. Aunque este gobierno ha sido garante de la libertad de expresión, esta no puede ser absoluta. Muchos periodistas violan derechos como la intimidad y la honra. Hay que confiar en el buen criterio de la CNTV y en que sabrá distinguir cuando se presenten estas eventualidades. El gobierno en todo caso no se va a meter en estos casos”³⁴⁰.

En Chile además existe un organismo previsto por la propia Constitución, como es el Consejo Nacional de Radio y Televisión, concebido como un ente “autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de estos medios de comunicación” (artículo 19.12.e).

Asimismo, ciertas estaciones televisivas han creado su propio Ombudsman. Ello sucede en el caso de la cadena de noticias CNN, la cual creara la Oficina del Defensor del Televidente³⁴¹.

Regresemos a la experiencia nacional. Si bien el Consejo de la Prensa Peruana ha propuesto diversas acciones a seguir, la principal función que ha tenido ha sido tramitar los casos de rectificación, razón por la cual creemos que ha declinado ciertos cometidos en pro de éste.

³⁴⁰ ARBOLEDA, Saulo. La libertad de expresión no puede ser absoluta. Caracas, 1996. www.serweb.com/SDIC24.html.

³⁴¹ Noticia difundida por el diario El Comercio. Lima, 08 de julio de 1998. Sección B, página 03.

Toda actividad que realice el Consejo de la Prensa Peruana estará centrada en “[m]antener y fortalecer los derechos y las responsabilidades de la profesión periodística, estimulando la uniformidad de normas y conducta ética de la profesión; velar por el desarrollo del periodismo nacional, intercambiando ideas que propendan al desarrollo cultural, material y técnico del periodismo; [...] asegurar su libertad frente a las injusticias e ilegalidades, acordándose tomar posición pública para defender la libertad de prensa en todo el territorio de la República luchando para que se reconozca y proteja el derecho a estar informado que tiene todo ciudadano, lo cual constituye una garantía de las otras libertades ya que sin la libertad de prensa no existe democracia alguna”³⁴².

Pero decíamos que la principal actividad que se ha encargado de realizar este Consejo ha sido coadyuvando el efectivo cumplimiento de un derecho constitucional como es la rectificación. Existe un procedimiento específico para actuar en estos casos³⁴³: luego que el Secretario Ejecutivo declare admisible la solicitud, éste correrá traslado de la misma, estando obligados los medios a presentar las pruebas convenientes para esclarecer los hechos, para después dar a paso a una conciliación entre las partes, buscada por el propio Secretario. En caso no llegarse a solución alguna, el expediente se eleva al Tribunal de Ética, el mismo que podrá convocar a una audiencia especial. En caso procede la rectificación, se requerirá la publicación respectiva, la que de cumplirse puede ser difundida a través de los demás medios asociados.

Dentro de los once casos en que ha intervenido el Consejo de la Prensa Peruana respecto a la rectificación, es importante recalcar que el primero de ellos fue dirigido contra El Comercio³⁴⁴, considerado como el diario más respetado del país, siendo finalmente sancionado con la publicación de la nota rectificatoria, el mismo que tuvo que ser cumplido en sus páginas.

Frente a esta proposición, en Inglaterra existe una operación de rectificación, en la cual sólo se podrá publicar, gracias a un Consejo de la Prensa, la enmienda de los

³⁴² Boletín del Consejo de la Prensa Peruana. Sección Objetivos.

³⁴³ CONSEJO DE LA PRENSA PERUANA. Objetivos y Procedimientos de Rectificación, Quejas y Denuncias. Sección El Procedimiento de Rectificación.

³⁴⁴ Tribunal de Ética, Resolución n° 001-TE/98, del 04 de junio de 1998, Caso Helbert Salmavides Dongo c/ diario El Comercio. En este caso, la principal responsabilidad de El Comercio fue la publicación de una noticia inexacta respecto al congresista Salmavides (23 de mayo de 1998).

datos inexactos si no se busca indemnización; en caso de que sí se quiera ésta se deberá acudir al Poder Judicial³⁴⁵. Son vías excluyentes, a diferencia del caso que según la propia Constitución, se podrá ejercer el derecho a la rectificación “sin perjuicio de las responsabilidades de ley” (artículo 2.7 *in fine*).

Entonces, la eficacia o no que logre tener la rectificación depende del verdadero esfuerzo de los propios medios escritos, que parecen saber lo que están haciendo, y que debe ser imitado por los medios televisivos y radiales, que en la coyuntura actual sólo están reunidos en una asociación con fines solamente gremiales - Asociación Nacional de Radio y Televisión-, la cual lejos de cumplir una función tutelar de los derechos fundamentales de la persona, como el honor y la vida privada, se encarga de justificar lo injustificable: el monopolio informativo a favor del régimen.

³⁴⁵ MORGAN, Kenneth. El papel del ‘Press Council’. Op. cit. p. 228.

CAPÍTULO SEXTO

La bisección de aspectos tutelados

En el capítulo anterior hemos tratado de definir cómo se realiza un conveniente tratamiento de la situación relacional entre dos derechos fundamentales (en cualquiera de sus tres modalidades: honor y expresión, vida privada e información y honor e información). Tras definir genéricamente la manera en que se ha de llegar a conseguir la determinación de contenidos de cada uno de ellos - incluyendo para ello una diversidad de criterios-, también observábamos cómo se presentan las consecuencias funcionales del ejercicio abusivo de la comunicación del discurso salvaguardando el respeto propio.

Ahora debemos centrarnos en desarrollar el núcleo y la substancia de lo revisado a lo largo de este trabajo. Mostraremos cómo se determinan finalmente los

contenidos de los derechos fundamentales que hemos estudiado; trataremos de presentar la solución final de estas situaciones relacionales.

Entonces, a partir de la curva de situaciones relacionales y los criterios a aplicar en dicha curva, es menester en este punto realizar la determinación final, a través de la presentación de la división, separación o, como la llamamos, bisección de los aspectos tutelados por cada uno de los derechos en relación. Ya afirmábamos la importancia de los jueces para especificar la conveniencia de la protección para tal o cual derecho fundamental según los criterios de ‘desarrollo colectivo’ y de ‘prohibición de exceso’, por lo que recurriremos básicamente a la Jurisprudencia, puesto que ella es la que desarrolla supuestos específicos de determinación, pero no descuidaremos de presentar ciertas propuestas legislativas y doctrinales en algunos puntos.

Sin embargo, en muchas oportunidades no es el juzgador quien mejor defiende los derechos de las personas, sobre todo los de respeto propio, y a no ponen coto a los abusos en el ejercicio de la comunicación del discurso, los cuales “no sólo destrozan socialmente, que eso es algo que incluso puede resultar sano, sino que aniquilan a una persona, a veces injustamente, sin que pueda defenderse”¹.

I. Expresión y honor

La primera situación relacional a interesarnos será la del honor y la expresión. Es quizás la determinación de contenidos más clásica, y una de las más difíciles puesto que todo queda en el plano de la abstracción (la expresión es una idea; el honor, una situación de semejanza).

Lo que se debe buscar en todo momento es descubrir hasta dónde se permite un derecho a la crítica, aspecto tutelado por la expresión, y cuando se excede ésta y pasamos a afirmaciones vejatorias (léase, insulto: crítica desmedida, sin atender los cánones de la cordura y del sentido común).

En Jurisprudencia Comparada se ha trabajado este punto. Así, podemos descubrir, hablando de la expresión, que se debe “excluir del ámbito justificador de dicha libertad las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno; en todo caso innecesarias para el fin de la formación política en atención al cual se garantiza constitucionalmente su ejercicio”²; en esencia, estas opiniones agraviantes “no son parte esencial de ninguna exposición de ideas”³.

Y esto se señala así puesto que “no cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto”⁴.

En las siguientes líneas presentaremos las principales formas en que se presenta la situación relacional entre honor y expresión.

1.1. Acceso a opiniones y honor en general

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La degradación del derecho al honor. Op. cit. p. 87.

² Sentencia del Tribunal Constitucional español 165/1987, de 27 de octubre, rec. por José Enrique BUSTOS PUECHE. ¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor? Op. cit. p. 22.

Un mensaje para los periodistas: “Cuando destierres de ti [...] la calumnia [...] brillará tu luz en las tinieblas, tu oscuridad se volverá mediodía” (Isaías 58, 10).

³ Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Caso Chaplinsky c/ New Hampshire (315 U.S. 568, 1942).

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español 3/1997, de 13 de enero, fórmula que viene siendo repetida desde la 105/1990, de 06 de junio, Caso José María García c/ José Luis Aragón, rec. por José Enrique BUSTOS PUECHE. ¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor?; Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 80.

Una forma de relación entre expresión y honor que se no se ha presentado con regularidad en la realidad ha sido ésta.

Pero cuando una persona recibe una opinión o la busca, está en posibilidad de afectar indirectamente el honor de las personas. Aunque del tema hablaremos más adelante, si uno busca en internet declaraciones de personas conocidas por su excesos, entonces estamos avalando de cierta forma que se siga cometiendo este tipo de acciones. Además, si tomamos en cuenta que las páginas web se valoran por el número de visitas que pueden recibir (y a partir de esto se convoca su publicidad), al ingresar a una de ellas estaremos fomentando el ejercicio abusivo del derecho fundamental a la expresión.

1.2. Difusión de opiniones a través de medios privados y honor en general

Al analizar este supuesto, debemos iniciar el examen correcto del artículo 2.4. A partir de una interpretación literal del mismo, podrían excluirse posibilidades legítimas de ejercicio de la comunicación del discurso. Así, no sólo servirán para transmitir un discurso expresivo los medios de comunicación social sino también toda forma particular de intercambio de opiniones entre las personas. Justamente debemos ubicarnos en este supuesto: cuando las personas no utilizan los medios de comunicación social para manifestar un discurso.

Dentro del Ordenamiento, es tal vez el tipo legal de la injuria el que mejor desarrolla esta relación específica. Lo que nos interesa de éste es que será punible todo acto que ofenda o ultraje a una persona con palabras.

El artículo 130 del Código Penal se refiere a la injuria como tipo básico de los delitos contra el honor. La acción se produce con dos tipos de actos⁵: con la ofensa y con el ultraje. En fin, en la injuria es relevante “la transmisión de un contenido significativo, con independencia de que se halle expresado directamente en palabras o, por el contrario, aparezca como correlato de la realización de ciertos actos”⁶.

Relacionando la injuria con la difamación (artículo 132), se ha afirmado que la ofensa se encuentra relacionada con la atribución de una cualidad o un hecho; en tanto, el ultraje con una conducta determinada⁷. Según la norma penal existen tres formas para la afectación del honor (palabra, gesto y vía de hecho), interesándonos solamente el primer caso.

Dentro del Derecho Romano, la *iniuria* podía presentarse a través de la *convicium*, que era la que se realizaba con gran alboroto y en presencia del ofendido y de más personas y de la *contumelia*, que era un ultraje, un tratamiento despreciativo hacia otro⁸.

1.2.1. El valor de los volantes

Aunque no se debe permitir anónimos ni publicaciones que impidan identificar al titular del derecho a la expresión -o en su caso, información-, no se puede obstaculizar la innovación a través de volantes o folletos en los que la identificación de la persona puede ser plena. A ello ya nos referimos *supra*.

⁵ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO. Manual de Derecho Penal. Op. cit. pp. 122 y 123.

⁶ VIVES ANTÓN, T. S. Delitos contra el honor. Op. cit. p. 693.

⁷ Tal como lo señala José URQUIZO OLAECHEA. Los delitos contra el honor en el nuevo Código Penal. Op. cit. p. 217.

⁸ PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Op. cit. t. I, pp. 326 y ss.

Además existía la *carmen famosus*, que era prácticamente la *convicium* pero realizada a través de un verso o escrito difamatorio, y el *libelus famosus*, en la que se castigaba al que componía, escribía o publicaba un libro con contenido difamatorio.

En muchas oportunidades ha sucedido lo contrario. La Jurisprudencia ha negado observar a ‘todo’ tipo de panfleto como medio idóneo para el envío de una idea, mostrándose, respecto a ellos, una protección disminuida. Desde nuestro punto de vista, todo tipo de vehículo de la manifestación de opiniones está protegido de igual manera por el Derecho. Caso contrario, el legislador estaría permitiendo una desigualdad y un acto discriminatorio al proteger tan sólo a quienes tienen acceso a un medio de comunicación social.

Esta errada concepción respecto a los volantes pueden ser encontrada en algún caso de Jurisprudencia Comparada: La Asociación de Vecinos de Arrabal, conocida como Santa Coloma de Gramanet, consideró que el adjudicatario de una vivienda anteriormente ocupada por un residente desahuciado era un ‘subastero’, ‘cuervo’ y miembro de ‘una lacra de individuos sin escrúpulos’. El afectado denunció al presidente de la asociación, condenándose al autor de las notas, no por el contenido de sus opiniones sino simplemente por usar medios anormales para el ejercicio de estos derechos: “el valor de la preferente de la libertad declina cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de la formación de la opinión pública sino a través de medios, tan anormales e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas, en cuyo caso debe entenderse, como mínimo, que la relación de preferencia que tiene la libertad de información respecto al derecho al honor se invierte a favor de este último, debilitando la eficacia justificadora de aquélla frente a lesiones inferidas a éste”⁹. Sin embargo, en este caso sí se podía identificar al autor de las notas, razón por la cual esta persona estaba ejerciendo adecuadamente su derecho a la expresión.

En igual sentido, un caso de Jurisprudencia Nacional. Según el mismo, en el volante Luchemos, en el que plenamente se identificaba a los autores del mismo, quienes eran del Sindicato de Trabajadores Obreros de Papelera Unicel S.A. Tras

⁹ Caso José Pitarque Narejos c/ José Sancho Esteller, Acción de Amparo, Sentencia del Tribunal Constitucional español 165/1987, de 27 de octubre, rec. por Rafael REBOLLO VARGAS. Aproximación a la jurisprudencia constitucional. Op. cit. pp. 62 y ss.; Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 95; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 74 y ss.

reconocer a los guardias civiles que dispararon a los obreros mientras se encontraban realizando un paro, los calificaron como ‘personas insanas’ que procedieron con una ‘actitud criminal’. Según el juez del 6° Juzgado de Instrucción Penal, los acusados resultaban culpables porque según su razonamiento, y sin decir cómo, “se ha establecido la responsabilidad penal del inculpado” al acreditarse que los volantes atribuían “una conducta que atentaba contra el honor” del agraviado. La Corte Superior confirmó esta sentencia¹⁰. A pesar de esta solución, desde nuestro punto de vista, en este caso se debe realizar un análisis desde dos puntos de vista: según la información y según la expresión. El primer análisis -de la información- por lo tanto resultará fundamental para considerar el segundo. Éste es un típico caso de *mixed opinions*. Entonces si los policías realmente dispararon a quemarropa, entonces sí podría calificárseles como personas con apariencia de criminales; en caso contrario, no.

Lo que sí tiene lógica respecto a un volante, es que si bien es un vehículo idóneo para transmitir un mensaje, “no pueden ser objeto de denuncia por delito contra el honor cometido a través de la prensa u otro medio de comunicación” puesto que no es uno de éstos¹¹.

Ahora bien, cosa distinta será la existencia de volantes de manera anónima, puesto que el emisor del discurso estaría tratando de evitar su responsabilidad. Además, la protección constitucional del afectado se volvería muy complicada de realizar puesto que la prueba para imputar su realización requeriría que se encuentre al responsable repartiéndolo, imprimiéndolo o realizándolo; o que a través de las evidencias normales se logre probar su responsabilidad, algo realmente complicado de realizar con panfletos de este tipo.

¹⁰ Sin embargo, esta sentencia fue desestimada en la Suprema, puesto que se había dado trámite al proceso iniciado bajo el delito de imprenta, inexistente en el Código Penal de la época -y también en el actual- [Expediente 506-89/Procede de Lima, Caso Sixto Valentín Carrasco y Ángel Javier Rodas Mendoza y otros, Sentencia del 01 de septiembre de 1989].

Esta tendencia viene desde el Expediente 803/71, Procede de Ica, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 152].
¹¹ En este sentido, Ejecutorias Supremas del 25 de febrero de 1992, Expediente 252-91, Procede de Arequipa, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 170; Felipe VILLAVICENCIO. Código Penal. Op. cit. p. 333, y del 07 de diciembre de 1991, Expediente 1151-b, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 172.

En este aspecto era muy claro el artículo 7 de la Constitución de 1879 según el cual se proscribía el anónimo. En esta línea también se encuentra una sentencia del Noveno Tribunal Correccional de Lima, en la cual se señala que “[e]l querellado pretende negar los hechos basándose en que los volantes informantes no están membretados ni firmados, hecho que precisamente era de su responsabilidad y que más bien revela su afán difamatorio”¹².

Una forma de publicación que propone una mayor identificación del responsable es aquella que se realiza a través de un sitio estable, como puede ser un periódico mural.

En un caso nacional, Helio Belleza, al sentirse afectado en su honor tras aparecer en el ‘listín de tinterillos’ que presentaba la Municipalidad de Tarma, interpuso un Amparo para que se restituya su derecho fundamental. El juzgador declara improcedente la Acción planteada “por falta de elementos de juicio suficientes”, puesto que nunca se pudo probar la existencia del periódico mural donde aparecía el mencionado listín¹³.

Asumiendo la autenticidad de los hechos referidos por el supuesto afectado, señalaremos que en casos como éstos es muy fácil la identificación del responsable, como sucede en el presente, en el que fue adecuadamente señalado el alcalde de la Municipalidad. Además, es interesante el uso del Amparo para proteger un derecho, puesto que, tal como señaláramos, la principal vía usada es la penal.

1.2.2. La ofensa pública

¹² Expediente 42-88, rec. por CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA. Jurisprudencia Penal. Op. cit. t. III, p. 89; Felipe VILLAVICENCIO. Código Penal. Op. cit. p. 332.

¹³ Caso Helio Hildebrando Belleza Bullón c/ Teobaldo Samaniego Hurtado, Sentencia del Tribunal Constitucional, del 19 de noviembre de 1998, Expediente 343-96-AA/TC, rec. por El Peruano, 19 de marzo de 1999, p. 1536.

En algunos casos, la persona delante del público¹⁴ no presenta hechos que pueden ser falsos o verdaderos (‘eres una hetera’) sino que hace consideraciones muy personales sobre el resto.

Pero, “el proferir palabras ofensivas contra una persona en presencia de varios testigos, configura delito contra el honor”¹⁵.

1.2.3. Analizando el trabajo de los demás

Nadie está exento de las críticas que los terceros pueden hacerle, más aún si quien las realiza está en constante relación con uno. Es muy común los roces entre personas que trabajan juntas -más aún si existe relación de dependencia entre ellas-, además de las existentes en procesos administrativos internos o con los beneficiarios de nuestro trabajo.

Así, en Jurisprudencia Comparada se ha señalado que “[e]l juicio de idoneidad profesional, legalmente previsto, no puede producir de por sí una intromisión ilegítima en el derecho al honor”¹⁶.

1.2.3.1. Los típicos reclamos

¹⁴ No debemos olvidar que “gran diligencia se debe poner en guardar la lengua porque no se ensucie con el pecado. El que no estima más ensuciar su lengua con el pecado que cualquiera de los otros miembros, éste tal más se debe tener por puerco que por hombre. El puerco así pone el hocico en el lodo como el pie y no perdona más a la boca que a los pies. El hombre que no teme ensuciar su boca con el pecado es así como perro de carnicería, el cual trae de continuo la boca ensangrentada. Muy abominable y asquerosa cosa es, así delante de Dios como delante de los hombres, el que deja entrar en su boca cosas que son más sucias y abominables que las moscas y las arañas. Al demonio permite que le escupa en la boca el que habla torpemente, porque la inmundicia del pecado no es otra cosa sino una saliva del demonio. Muy más tolerable cosa es sufrir en la boca la saliva de un leproso que sufrir la saliva del demonio, y por tanto debe guardar la lengua cualquiera que presume de muy limpio por que el demonio no se la ensucie” [DE LA ISLA, Alonso. Lengua de vida. En: <http://www.multimedios.org/bec/etexts/lengua.htm>].

¹⁵ Expediente 866-85, Sentencia del 9º Tribunal Correccional de Lima, rec. por Felipe VILLAVICENCIO. Código Penal. Op. cit. p. 328.

¹⁶ Auto del Tribunal Constitucional español 321/1993, rec. por Fernando HERRERO-TEJEDOR. Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Op. cit. p. 32.

A veces la incomprensión de los jefes respecto a las demandas laborales de sus trabajadores, hace que éstos suban su tono de protesta, llegando a atribuirles actitudes y comportamientos reñidos con las que debería tener, aunque todo ello como parte de un derecho a la crítica, al no ser insultantes.

Dentro de un reclamo a un superior, como puede ser un Gerente Administrativo, para que se aumente el suelo paupérrimo que recibían, los miembros del sindicato de una empresa han llegado a decirles que son “personas de conducta represiva, recalcitrantes y que cometes todo tipo de atropellos contra humildes trabajadores”¹⁷. En cada ocurrencia, deben medirse los incidentes relacionados con ella. Las circunstancias concretas en una relación jefe – subordinado hace que cualquiera de ellos pueda perder los papeles, como en el caso presentado sucedió con los trabajadores. Es por eso, creemos que la opinión vertida está conforme con un criterio como el de adecuación.

1.2.3.2. El producto de un proceso interno

Cuando se responde un escrito dentro de un proceso privado, uno tras meditar lo que se va a poner no puede llegar a alterarse, sino simplemente realizar evaluaciones personales dentro de la sana crítica, llegando, eso sí, a poder increparle a alguien por lo que se cree conveniente, incluyendo reclamos siempre y cuando sean lógicos y no insultantes.

En un caso de Jurisprudencia Nacional, se ha señalado que una persona puede referirse a otra dentro de “un procedimiento evidentemente sujeto a reserva del caso al que únicamente ha tenido acceso una reducida Comisión de Ética

¹⁷ Caso Alfonso Silva Pardo Figueroa c/ Lucio Rodríguez Martínez y otros. Sentencia del 14º Tribunal Correccional de Lima, Expediente 705-86. Delito de difamación, rec. por Manual de Legislación Penal. Código Penal. Op. cit. p. 325; Felipe VILLAVICENCIO. Código Penal. Op. cit. p. 331.

Profesional” con frases que únicamente aludían a una apreciación adecuada de los actos del demandante, no afectándose por ende el honor de la otra parte¹⁸.

Nos parece interesante resaltar en los elementos de juicio del juzgador: la cantidad de personas frente a los cuales se emite el discurso supuestamente perjudicial. En este caso, como era la comisión de una entidad, el mensaje enviado no se podía considerar como un ejercicio abusivo, sino como adecuado. Un punto de vista como éste debe ser tomado con pinzas, puesto que la calidad del discurso no tiene nada que ver con la cantidad de público al cual llega, sólo se requiere la existencia de él. En cambio, sí será importante este número para determinar la sanción, ya sea pecuniaria o penal.

1.2.3.3. Reacciones normales de un padre de familia

A veces la indignación de una persona hace que suelte frases sin meditar el significado de su contenido ni reflexionar sobre sus consecuencias. En este caso, la congruencia de la expresión debe centrarse en analizar si las circunstancias particulares del caso puede motivar las frases emitidas o si éstas han sobrepasado los límites constitucionales.

En la Jurisprudencia Nacional se señala un caso en el que una madre de familia accedió a los registros de la Oficina de Asesoría de Letras del centro educativo donde estudiaba su hijo y tras revisar registros se dio cuenta que el nombre de su

¹⁸ Caso Nelson Herrera Retuerto c/ Mario Rosazza Pizarello, Sentencia del 5º Tribunal Correccional de Lima, Expediente 359-86, Delito de difamación y calumnia, rec. por Manual de Legislación Penal. Código Penal. Op. cit. p. 319.

vástago se encontraba marcado con equis -es decir, ‘recalcado’ por sus profesores- por lo que gritó delante de algunas personas, a su maestra que ella era una ‘sinvergüenza’ e ‘hipócrita’. Esto, según el juzgador, debe ser considerado como una actitud lógica de reclamo ante lo encontrado y por lo tanto dentro del derecho a la expresión¹⁹. Coincidimos con este punto de vista. Su reacción era natural y lo principal, congruente.

Si bien en este caso se está criticando la labor de la maestra así como su idoneidad como tal, también consideramos importante analizar qué motivos llevaron a la supuesta agresora a proferir las frases. Si bien aún somos solteros, no nos extrañaría que cuando tengamos un hijo y éste sea ‘señalado’ por terceros, nuestra reacción sea realmente incontrolada. Eso sucedió con la madre de familia, y entendemos -mejor dicho, aceptamos- su posición.

12.4. Reproches familiares

Una de las principales formas en que se solucionan los problemas familiares es definitivamente el diálogo y no el maltrato ya sea verbal o físico. Sin embargo, no por ello es inexistente el derecho a reprobar la actuación en contra de uno de ellos.

En un caso de la Jurisprudencia Nacional, encontramos que el reclamo realizado por la querrelada a su medio hermano y a su cuñada respecto al estado ‘deplorable’ en que encontró, durante una visita, a su madre, que vivía con estos últimos, pudo ser observado por el juzgador incongruente y parte de un ejercicio abusivo²⁰. Discrepamos abiertamente con una solución de este tipo.

¹⁹ Caso Juana Norma Santana Roque c/ Aurora Mille Caycho Espinoza, Sentencia del 9º Tribunal Correccional de Lima, Expediente 163-86, Delito de injuria, rec. por Manual de Legislación Penal. Código Penal. Op. cit. pp. 320 y 321.

²⁰ Caso Paulina Alicia Alva Arias de Trujillo c/ Raquel Falcón Cisneros, Querrela por difamación y calumnia, Sentencia de la Primera Sala Penal de Lima, de 1992, Expediente 206-92.

Pero sí coincidimos con la absolución realizada por la Corte Superior de Lima a Ángel Zavala respecto a que constantemente protagonizaba altercados con su ex-esposa, la denunciante, con motivo del régimen de visitas a su hija²¹. Las frases proferidas eran una clara muestra del malestar existente entre ambos y no podía considerarse como un discurso perjudicial que intencionalmente se realizara, sino como resultado de una confrontación directa; sucedía algo parecido a lo que el Código Penal señala como injuria recíproca²².

1.2.5. Defendiéndonos de los demás

Dentro de un proceso judicial, en ciertas oportunidades, las personas que aparecen como partes, por la misma condición de antagonismo que se vive dentro de aquél, en muchos casos llegan a sostener posiciones límite respecto a sus adversarios.

Por este motivo, se señala dentro del artículo 133.1 del Código Penal, que “no se comete injuria ni difamación cuando se trata de ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el juez”.

En esta misma dirección se presenta una Jurisprudencia Nacional, según la cual la calificación por parte de un demandante ante el 16° Juzgado Civil de Lima de forma despectiva a su circunstancial oponente contendor (además de imputarle haber fraguado la compra de un terreno en complicidad con los directivos de la Cooperativa Santa Elisa), “no constituye injuria” basándose en que es una “ofensa proferida con ánimo de defensa por los litigantes”²³.

²¹ Caso Patricia del Carmen Zevallos Maturana c/ Ángel Gabriel Zavala de la Rosa, Querrela por difamación e injuria, Sentencia de la 9ª Sala Penal de Lima, de 1993, Expediente 593-93.

²² También puede encontrarse un caso similar cuando un dirigente de la Asociación Villa Nicolaza (en Chorrillos), en unos de sus múltiples rencillas personales le dijo a otro directivo de la entidad, que era un “abogadillo, coimero y hombre de mal vivir” [Sentencia de la Corte Superior de Lima, Expediente 251-93, del 04 de junio de 1993, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 175].

²³ Sentencia confirmatoria de la Corte Superior de Lima, del 23 de diciembre de 1997, Querrela por injuria, Caso Róger Antenor Velásquez Taboada c/ Wilfredo Neciasup Orbegoso y Antonio Venegas del Pino, Expediente 6475-97.

1.3. Difusión de opiniones a través de medios periodísticos y honor individual

Hemos hecho hincapié en que la responsabilidad social de los periodistas debería servir para tratar de no realizar un ejercicio abusivo del derecho a la expresión, afectándose el honor.

Así, para el Consejo de la Prensa Peruana, “es contrario a la ética periodística desacreditar, amenazar, difamar o denunciar calumniosamente a personas o instituciones o, en general, utilizar términos lesivos a su dignidad y honor”²⁴.

Frente a este problema, el legislador ha previsto la existencia de un delito que trate justamente de la afectación del honor a través de los medios de comunicación social. La difamación es quizás la forma más utilizada para tratar de controlarse los atropellos de los periodistas.

Según el propio artículo 132 del Código Penal, independientemente del medio usado²⁵, para que se cometa difamación se debe asignar una calificación o un acto que perjudique al honor de una persona: “[e]l 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”. ¿Cuándo se refiere el Código a la difusión de la noticia, sólo hace referencia al derecho a la información? Creemos que no. En este caso, analizando el tenor de todo el artículo nos parece que el legislador intentó señalar discurso, puesto que luego de señalar ‘noticia’ implica que ésta puede indicar una cualidad o conducta personal, y no sólo como el significado estricto del término indicaría: un hecho.

²⁴ Pronunciamento n° 001-TE/98, del 24 de julio de 1998, Caso Ángel Paez.

²⁵ Esto a diferencia del *Common Law* en el que se diferencia el *libel* (*written or printed words*) y el *slander* (*oral*).

En esencia, difamación es una forma de injuria pero con una característica especial: la amplia divulgación del discurso²⁶. El requerimiento adicional es que esta afectación al honor se produzca difundiendo el mensaje, es decir se realice ante varias personas (estén unidas o separadas). Este último supuesto haría incluir a los medios de comunicación social, tanto así que el propio artículo (*in fine*) señala que si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación, éste será considerado como agravado.

Salvador Coderch utiliza el concepto de difamación en sentido estricto para indicar que es “publicar enunciados factuales relativos a una persona y lesivos de su reputación que son falsos”²⁷. A veces la difamación se refiere a un contenido meramente difamatorio del discurso (si se dice ‘usted es un animal’) o puede aparecer en conexión con otros hechos, los mismos que deberán ser probados (‘usted ha quemado su casa’; esto no ha de ser considerado difamatorio puesto que cualquier puede hacer con sus bienes lo que desee, pero si se sabe que se pagará una fuerte suma de dinero por un fraude a la Compañía de Seguros sí puede ser difamatorio).

1.3.1. El debate público

Los dirigentes que tienen algún tipo de representación sectorial son considerados como personas con proyección pública, pero con un margen de amplitud más reducido que la de un político, pero más holgado que la de un particular, sobre todo por participar de una controversia pública. Sin embargo, también deben mantener incólume.

Tras ser nombrado como Director del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Maryland en 1978, el politólogo Bertell Ollman se sintió ofendido

²⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO. Manual de Derecho Penal. Op. cit. p. 127.

²⁷ El mercado de las ideas. Op. cit. p. 21.

Además, se explica que la difamación consiste en rebajar (relacionado con exponer a la persona al ‘riesgo’ de ser desacreditada) o aislar (que es generar la ‘probabilidad’ de aversión de la sociedad hacia una persona aunque no haya descrédito; por ejemplo, señalar que una persona tiene Sida, aunque ello sea cierto) a una persona frente a los demás.

cuando en medio de una polémica política, en la que él mismo participara, Rowland Evans y Robert Novak escribieran en el Washington Post un artículo titulado *The Marxist Professor's Intentions*, a través del cual afirmaran “el deseo explícito de muchos activistas políticos, de usar la educación superior para el adoctrinamiento”, añadiendo que la notoriedad del mismo dentro de su círculo profesional solamente se debía a su pensamiento marxista. Para el juzgador, a través de esta opinión no hubo afectación del honor del demandante²⁸. Concordamos con esta sentencia.

1.3.2. Crítica a una gestión urbanística

Existe un famoso caso en el que la crítica de una gestión de carácter urbanístico debe ser considerado como parte del derecho a la expresión. Nosotros coincidimos con esta solución. Este mandado comunitario, como una de las principales ocupaciones de los alcaldes, está perfectamente incluida dentro de los supuestos de este derecho comunicativo, siempre y cuando -reiteramos- no se exceda los límites de la sana crítica.

En general, respecto a alcaldes, se puede decir que éstos están sujetos a apreciaciones sobre su actuación funcional, por ser un tipo de personas muy cercanos a la colectividad. Por ello, se incluye aparte de consideraciones positivas, también reprobaciones en su actividad. En este mismo sentido se expresa, cierta Jurisprudencia Nacional, según la cual todo tipo de reprobaciones respecto a la actividad de una persona como alcalde no constituye una afectación al honor²⁹.

En el caso que nos interesa, el periodista Antonio Hernández García criticó severamente al alcalde de Soria, dentro de un artículo periodístico, centrándose en

²⁸ Caso Ollman c/ Evans, 750 F. 2d. 970 (D.C. Cir. 1984), Sentencia del juez estadounidense STARR, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 167.

²⁹ Primera Sala Penal de la Corte Suprema n° 3077-93, Procede de Lima, Ejecutoria Suprema del 13 de diciembre de 1993. En: MINISTERIO DE JUSTICIA, Sistema Peruano de Información Jurídica. Op. cit.

determinados aspectos urbanísticos de su gestión (se usaron frases como “te chupaste el sobrante de la vía pública” o “tengo un sobrante entre las calles [...] que a lo mejor te puede interesar”³⁰). El Tribunal Constitucional español, aparte de analizar si hubo o no una ponderación adecuada entre los derechos por parte del juez (que había condenado al periodista), realizó un estudio sustentado en el tono humorístico de la expresión, la contraposición entre faceta íntima y gestión pública y la intención de crítica o de injuriar³¹. En esencia, lo que se podía concluir era que el periodista había ejercido correctamente su derecho a la expresión³². Para Bustos Pueche, y su diferencia entre honor y seguridad interior del Estado, la crítica en este caso no se hace respecto al alcalde en su calidad de persona sino como autoridad³³.

1.3.3. El particular en el medio

El particular, y no sólo el periodista, puede llegar a presentar su discurso dentro de un medio de comunicación social. Para ello, en el mundo de hoy se cuenta con mecanismos que permiten que expanda su mensaje de forma considerable.

1.3.3.1. Cartas y llamadas

Un buen ejemplo de este tipo es la carta al director y, en general, cualquier incorporación de escritos procedentes de personas ajenas a los medios de comunicación social, como envío de e-mails o llamadas telefónicas.

En este supuesto existe un doble ejercicio de un derecho (a la difusión de un discurso). De un lado, el realizado por el particular al enviar ese escrito (difusión

³⁰ Periódico Soria Semanal, Sección Fin de Semana – Humor, del 14 de abril de 1984.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español 104/1986, de 17 de julio, rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 88; José Enrique BUSTOS PUECHE. ¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor? Op. cit. pp. 13 y ss.; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 71 y ss.; Rafael REBOLLO VARGAS. Aproximación a la jurisprudencia constitucional. Op. cit. pp. 45 y ss.

³² Sentencia 159/1987, sobre el mismo tema, de 26 de octubre.

³³ BUSTOS PUECHE, José Enrique. ¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor? Op. cit. p. 14.

de la expresión), y de otro el derecho del medio de presentar una noticia (o en su caso, una opinión) ajena al medio (considerado como difusión de la información). Lo que nos interesa es este segundo punto.

Al medio se le debe exigir la identificación de la persona que realiza dicho escrito, para que ésta pueda asumir su responsabilidad en caso de que haya un ejercicio abusivo del derecho³⁴. Así, en un caso nacional, advertimos que el envío de un mensaje a un medio de comunicación social (como son los documentos Carta abierta del Dr. Elías Mejía Mejía y No se lo digas a nadie) puede afectar claramente el honor de una persona si en su interior se incluyen frases injuriantes a la persona humana³⁵.

Además, en la Jurisprudencia Comparada se ha señalado que una persona “por su condición de funcionario director de un Parque Deportivo no debe ser sujeto a una crítica política o pública en los términos que se pretende hacer valer en el recurso, comprendiendo el de la gratuita y falaz imputación no sólo de irregularidades en su gestión sino de hechos delictivos y de otro lado del conjunto de la prueba se demuestra que no sólo la información publicada responde al contenido de la carta y a la verdadera intención del demandado, sino que se enmarca en una campaña de acoso que excede de los límites de la crítica y el ejercicio de la libertad de expresión, materializada en sucesivas denuncias, cartas al director y demás actuaciones efectuadas por el demandado contra el actor que aparecen en la documental, en las que se le imputa genéricamente haberse apropiado de dinero de los cursillos, de diversas irregularidades en la contratación y pago a monitores, chantaje o actuaciones coactivas en el uso de las instalaciones etc., todo ello sin reflejo en prueba alguna, con el fin de lograr difusión pública que

³⁴ En este mismo sentido, Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARD. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 139 (los editores ni directores pueden utilizar su medios de comunicación social en complicidad de terceros para presentar una noticia injuriosa y quedar impune); Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA. El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 107.

Por ende, una Jurisprudencia Comparada ha señalado que “[l]os editores de los diarios [...] asumen una responsabilidad de garantes frente a la sociedad, en el sentido de que deben controlar que sus publicaciones sean veraces y no lesionen el honor de los ciudadanos, motivo por el cual se les exige efectuar una tarea muy importante de control. Cuando se falta a ese deber eventualmente pueden asumir responsabilidad penal por omisión” [Sala Tercera del Tribunal costarricense, Querrela por injuria por la prensa, Expediente 290-86, Sentencia v-19-F, de 21 de enero de 1989, rec. por Henry ISSA y Luis SAÉNZ. Justicia penal y libertad de prensa. Informe sobre Costa Rica. En: ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Justicia Penal y Libertad de Prensa. Op. cit. pp. 78 y 79].

³⁵ Sentencia que fuera declarada nula por la 5ª Sala Penal de la Corte Superior de Lima, en 1995. Caso Víctor Antonio Bazán León c/ Elías Jesús Mejía Mejía, Expediente 453-95.

perjudique y lesione el prestigio profesional del actor, obligándole a dimitir”³⁶. El argumento es bastante válido.

Con respecto a la persona que interviene emitiendo su discurso, el tratamiento que debe existir es de la misma que cuando la ejerce un periodista. Si bien puede tomarse en cuenta las dificultades para el ejercicio de la comunicación del discurso, no puede excusarse en su ignorancia para alegremente afecta el derecho de los demás.

1.3.3.2. Entrevistas

Otra forma en que una persona puede ejercer su derecho a la expresión a través de medios periódicos sin pertenecer a ellos, se da a través de las entrevistas que se puede realizar en ellos.

Un caso nacional nos da cuenta de las declaraciones del longevo futbolista, el conocido ‘Puma’ Carranza, al señalar que el entrenador del equipo Alvides Vigo -ahora descendido-, era un ‘loco’ y ‘payaso’, tras comprometer a sus dirigidos a lesionar al capitán de Universitario. Consideramos adecuada la resolución del juzgador al absolver al denunciado³⁷, puesto que además de existir ausencia de dolo en las declaraciones, es claro que las palabras proferidas son normales en el vocabulario futbolístico, más aún cuando se ha culminado un encuentro en el que a uno lo han lesionado.

Un caso muy famoso también puede ser considerado el de Ekmekdjian. Si bien quien emite el discurso no es un simple particular, sino un ex-presidente nacional, la forma como éste se hace público es a través de una entrevista.

³⁶ Sentencia de 09 de junio de 1997, AP Asturias, Primera Sala, Sección Primera, rec. por Sección Jurisprudencia de la página web de iusport, previa publicación en El Derecho (24 de septiembre de 1997). http://www.iusport.es/jurispru/sen_calum.htm.

El ex-Presidente argentino, Arturo Frondizi, en el programa Tiempo Nuevo, hizo declaraciones de índole político, tras las preguntas del conductor del espacio, Bernardo Neustadt. Para Miguel Ángel Ekmekdjian, sin haber sido nombrado en las afirmaciones, solicitó un espacio en el programa puesto que tenía el derecho de replicar en protección de un interés difuso, lo cual motivó la lógica negativa del conductor del mismo. La Corte Suprema señaló que “no parece desprenderse de las normas cuya aplicación pretende el recurrente, que el pretendido derecho de réplica sea el medio idóneo para un debate entre personas que sustentan ideas diferentes, sino que requeriría una ofensa o ataque a la personalidad del sujeto que pretende ejercerlo, la que no se da en la especie”³⁸.

Asumiendo que en el país no existe derecho a réplica, trataremos de dilucidar si una persona puede ser afectada en su honor por una observación general. En el caso, pensamos que la identificación de alguien es indispensable para considerar la afectación o no, y no creemos adecuada aceptar la respuesta de todo comentario que de forma indirecta nos puede concernir.

1.3.4. Desacatando una orden

En relación a los funcionarios públicos, la legislación ha parecido encontrarse frente a un supuesto, en contra de los que hemos afirmado, con mayor grado de protección respecto a los derechos de respeto propio.

Justamente a consecuencia de que sus cometidos están sujetos a vigilancia social y a la crítica de la comunidad, el ámbito de protección del honor y la vida privada se resienten y el contenido accidental de los mismos se repliegan hasta donde los límites del interés del público lo permiten.

³⁷ Sentencia del 08 de abril de 1998, Expediente 200-98, Querrela por difamación, Caso Luis Roth Barinotto c/ José Carranza Vivanco, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 84.

³⁸ Caso Miguel Ángel Ekmekdjian c/ Bernardo Neustadt y otros, Sentencia del 01 de diciembre de 1988, Voto del juez Belluscio, rec. por Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BISCARD. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. pp. 214 y 215.

Si bien para la Jurisprudencia Comparada, la crítica admisible hacia un gobierno - y por ende a sus funcionarios- debía ser más amplia que respecto a los particulares e incluso a los políticos³⁹, existen supuestos que parecen que el legislador, sobre todo el penal, ha premiado a los funcionarios públicos con una irrazonable protección superior.

Sin embargo, las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan la violencia anárquica, como puede ser claramente el delito de desacato⁴⁰ (sabemos que desde 1993 hasta 1997 han existido treintinueve periodistas procesados y sentenciados por querellas iniciadas por funcionarios públicos⁴¹), entran en contradicción con la Convención Americana. La existencia de una norma de desacato “invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo”⁴². Se choca así con la igualdad (artículo 2 de la Constitución), puesto que “constituye un privilegio para las personas que encarnan la institución y no para la institución en sí misma”, logrando de esa forma que se frene “el proceso de crítica social y política” y constituyéndose en “una razón disuasoria del avance político y democrático, al hacer más gravosa la pena que a un particular”⁴³. Es más, para Faúndez Ledesma, un ataque al honor respecto a la honradez del funcionario, parece enmarcarse dentro de lo que se presenta como ataques legales⁴⁴. Por esta razón también nos acogemos a la derogación de esta norma del Código Penal.

Carbonell Mateu es más auspicioso con este delito: “resulta necesario reducir sustancialmente el ámbito de extensión de los desacatos, limitándose a castigos aquellas conductas que impiden el efectivo ejercicio de las instituciones del Estado

³⁹ Caso Castells. Corte Europea (1992), cit. por Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 238.

⁴⁰ Artículo 374 del Código Penal: Será condenado aquel “que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas”. Asimismo, también iban en este sentido los artículos 187 y 188 del Decreto Ley 22633 que consideraban como difamación agravada si el ofendido era autoridad, entidad pública o institución oficial. Esta norma fue dada en plena dictadura militar (14 de agosto de 1979) agregando estos supuestos a los tipos penales contemplados en el Código de 1924.

⁴¹ Informe de la Oficina de los Derechos Humanos del Periodista, cit. por Roberto MEJÍA ALARCÓN. El periodismo tiene mucho que decir. Op. cit. pp. 11 y 12.

⁴² RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión. Op. cit. p. 38; también Eugenio ZAFFARONI. Las limitaciones a la libertad de prensa. Op. cit. p. 10.

⁴³ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. El derecho fundamental al honor. Op. cit. p. 53.

⁴⁴ La libertad de expresión. Op. cit. p. 278.

y que [...] más bien corresponden al ámbito de la acción de la expresión”⁴⁵. Pero frente a ello, la propia Comisión Interamericana responde: “Inclusive asumiendo hipotéticamente que la protección de los funcionarios públicos de la expresión ofensiva y crítica es una protección legítima del orden público dentro de una sociedad democrática, toda ley que limite la libertad de expresión debe también ser ‘necesaria para asegurar’ este propósito legítimo. El término ‘necesario’, en el contexto del artículo 13(2) debe considerarse como algo más que ‘útil’, ‘razonable’, o ‘conveniente’. Para que una limitación sea ‘necesaria’, debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión. Además, la Corte declaró que para tal demostración, las limitaciones deben ser proporcionales y ajustadas estrechamente al logro del objetivo gubernamental propuesto. La necesidad comporta la existencia de una ‘necesidad social imperiosa’. De manera que los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del ‘orden público’, como medio para suprimir un ‘derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real’. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima”⁴⁶.

Regresemos al tema de los funcionarios públicos. Hacíamos referencia a lo que significan estas personas: poseen trascendencia por la labor que realizan mas no por su influencia en el público.

Entonces, la calificación sobre un funcionario debe centrarse en la actividad que cumplen para con el Estado. Así, podemos encontrar que se ha considerado como frases lesivas al honor estimar que uno de ellos sean ‘franelas’ (persona sobona con su jefe para conseguir un beneficio personal). Sugeríamos que la expresión debe medirse según su congruencia para entender el mensaje a vertirse. En este

⁴⁵ Libertad de expresión y derecho al honor. Op. cit. p. 50.

⁴⁶ Informe Anual de 1994, 88º Período de Sesiones (documento 9), dado en Washington, el 17 de febrero de 1995. Capítulo V, Informe sobre la Compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

caso particular, consideramos que las frases que presentaremos se encuentran tuteladas por el derecho a la expresión.

Por ende, encontramos errado el resultado final presentado por la Sentencia del Octavo Tribunal Correccional de Lima, la cual, en 1988 señalaba que “[e]xaminando el impreso publicado bajo el título ‘De todo hay’ se puede ver que contiene calificativos que ofenden el honor de la querellante pues se titula de ‘franela’, ‘escobilla’ porque pretende ‘un ascenso a su favor’. Es extraño que en la sentencia apelada se mencione que no existe *animus injuriandi* en la conducta de los procesados”⁴⁷. Frente a lo que señalaba el juzgador, para nosotros, estas palabras se encuentran dentro de la sana crítica.

Asimismo, si se usa palabras groseras para calificar los resultados de un examen de auditoría practicado al Inabif, los funcionarios responsables de esta institución (presidenta del directorio y gerente general de la Sociedad de Beneficencia de Huancayo) pueden sentir que el periodista al emitir este discurso⁴⁸ afectaba su honor. Si bien coincidimos con la sentencia al condenar al responsable, no lo estamos en sus considerandos puesto que toma como *obiter dictum*, la no colegiación del periodista⁴⁹.

1.3.5. Asesorando desde la impunidad

Un personaje que pasará a la Historia como uno de los más nefastos para la democracia nacional será, sin duda, Vladimiro Montesinos, autor intelectual de diversas violaciones a los derechos de los peruanos. Es conocido por todos como el asesor presidencial ‘fantasma’ de Fujimori, aunque la aceptación pública de este cargo data de reciente época.

⁴⁷ Expediente n° 300-88, rec. por CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA. Jurisprudencia Penal. Op. cit. t. III, p. 88; Felipe VILLAVICENCIO. Código Penal. Op. cit. p. 331.

⁴⁸ En su programa Testigo de la noticia, de Radio Señorial.

Lo que nos interesa revisar respecto a este punto es la calificación que se hiciera en una revista respecto a él, relacionándolo con un grupo paramilitar de la época de los ochenta. Lo principal de la conclusión judicial se centró en el término usado para referirse a él.

El año de 1989, en Oiga se publicó un entrevista bajo el título ¡Peligro! ¡Peligro! Confesión de un desertor del CRF. Todo lo que usted quiere saber sobre el Comando Rodrigo Franco y lo que nadie se atreve a revelar⁵⁰; este grupo armado paramilitar estaba sindicado como el autor de varias acciones de dudosa eficacia en la lucha antissubversiva. Casi dos meses después, ya en la revista Caretas, se realizó un comentario denominado Más sobre Rasputín, se señalaba que quien había entregado a la primera revista la ‘confesión’ era Vladimiro Montesinos quien había formado parte de dicho grupo⁵¹. Para el supuesto afectado esta nota perjudicaba su honor puesto que se le identificaba como un personaje siniestro de la historia y que la propia revista que hizo la primera publicación negaba que éste fuera el desertor⁵².

La sentencia de primera instancia condenó al director de la revista en la que se encontraba la ‘nota difamatoria’, Enrique Zileri, tomando en cuenta las declaraciones de testigos y la reproducción de la voz del supuesto testigo informante y de Montesinos, pero sobre todo “que el expresado artículo periodístico contiene evidentes propósitos menoscabantes de la personalidad ética del agraviado ya que en él se consignan términos que dañan el honor del querellante, a quien no sólo lo tildan como ‘Rasputín’ comparándole con ese personaje libertino y siniestro de la política cuya influencia nefasta fue una de las causas de la destrucción de la Rusia Zarista de principios de siglo, debido a su gran ambición de poder, sino también lo vincula al Comando Rodrigo Franco, grupo paramilitar proscrito”⁵³. En segunda instancia se confirma la sentencia⁵⁴,

⁴⁹ Caso Alejandro Romero Tovar y otra c/ Ricardo Bullón Matos, sentencia del Primer Juzgado Penal de Huancayo, del 12 de agosto de 1999, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 98.

⁵⁰ Semanario Oiga, n° 447, del 04 de septiembre de 1989, carátula y pp. 41 y ss.

⁵¹ Revista Caretas, sección Mar de Fondo, del 20 de agosto de 1990, p. 22.

⁵² Revista Oiga, n° 497, del 27 de agosto de 1990, bajo el título El Director aclara.

⁵³ Expediente 08-91-Q, Caso Vladimiro Montesinos c/ Enrique Zileri. Sentencia del 19 de julio de 1991.

⁵⁴ Expediente 282-91, sentencia del 15 de agosto de 1991, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 171.

aunque se redujo el monto indemnizatorio. Al interponerse un último recurso, el Fiscal Supremo Adjunto opina a favor de No haber nulidad⁵⁵. Finalmente, en la Corte Suprema asumen el criterio del Ministerio Público rescatando que la dualidad de derechos de comunicación del discurso “está constreñida a que con [ella] no se atente contra el honor y la buena reputación de la persona humana”⁵⁶. Y no dice más. Ambas sentencias asumen los criterios de la de primera instancia, ya analizada.

En el caso se asume como principal argumento para condenarse al demandado el epíteto de ‘Rasputín’ utilizado para referirse a Montesinos. Lo que podemos señalar es que dicha expresión no debe entenderse en su significado literal, sino dentro del contexto de la opinión. Para ello recordemos además el criterio de proporcionalidad y el estudio según inferencias. Lo que rescatamos de este término es como ‘una persona que ejerce el poder desde atrás del poder’.

En este sentido es pública -aunque ya lo era en 1990- la relación entre Montesinos y Fujimori, siendo cada vez más notoria la influencia de aquél en éste⁵⁷. Este motivo es más que suficiente para considerar errada la sentencia mencionada.

1.3.6. Las ideas empresariales

Respecto a las apreciaciones respecto a la labor de los empresarios, el límite debe centrarse en lo que el respeto por el prójimo obliga: no se puede, a través de artificios como el juego de palabras, perjudicar el honor de una persona.

⁵⁵ Expediente 08-91-Q, Lima, 23 de marzo de 1992.

⁵⁶ Expediente 1161-91-A, Sentencia del tres de agosto de 1992.

⁵⁷ Según cuenta UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, “el 25 de abril de 1999, en el programa de televisión La Revista Dominical, el asesor presidencial dio por primera vez una entrevista formal a la prensa. Entrevistado por el periodista Álamo Pérez Luna, y en su intento por halagar al presidente Alberto Fujimori, Montesinos pronunció lo que durante ocho años esperó escuchar: ‘Este año son nueve años que vivo aquí... en estas instalaciones las veinticuatro horas al día... como lo sabe el presidente Fujimori... dedicado a cumplir las obligaciones propias de la función... Los hombres de inteligencia trabajamos siempre en el silencio’ (25 de abril de 1999). Con una sola frase, el propio Vladimiro Montesinos terminaba dando la razón a su más encarnizado crítico en la prensa: Enrique Zileri” [Prensa juzgada. Op. cit. p. 169].

En un caso de Jurisprudencia Nacional, un conocido periodista a través de su espacio televisivo La torre de papel, señaló que había descubierto la manera en que se podía realizar el ‘mejor negocio del mundo’, utilizando una empresa (a la que puso por nombre usando sus iniciales -RDC- en clara alusión a la sociedad del querellante, llamada RBC) para captar el dinero del público con engaño a través del accionariado difundido, sin rendir cuentas y beneficiándose ilícitamente. La Sala Penal absolvió al cronista basándose en la falta de *animus difamandi*, y tomando en cuenta que “no se puede admitir como expresión difamante las que corresponden a la opinión permitida respecto de un personaje público, expuesto a las críticas de la colectividad, más aún del sector de los medios periodísticos”⁵⁸.

En este caso, si bien la alocución emitida a través de la televisión no contenía una referencia directa a persona alguna, era muy fácil la identificación del afectado, razón por la cual consideramos adecuado el planteamiento del proceso por parte del perjudicado. Además, creemos que una afirmación de este tipo es una de las relaciones existentes entre opinión e información. Frente a la segunda de ellas se requiere el requisito de veracidad, cosa que no fue analizada por el juzgador. De un lado se debe dejar la opinión, puesto que la crítica parece válida, coincidiendo en este sentido con el juzgador, pero como ya dijimos, discrepando con el segundo aspecto del discurso.

1.3.7. En defensa de la vida

Según comentábamos, a veces dentro de un medio de comunicación se puede hacer referencia a las personas que no tienen mayor relevancia social. En los casos en los que el particular sea el afectado, creemos que la protección constitucional del derecho al honor debe ser sumamente estricta.

Tras aparecer en un debate público mostrándose partidario del aborto, un médico se había sentido afectado por las declaraciones de una persona en un medio de comunicación en el que se reprochaba su punto de vista. En la carta a un diario local, un sacerdote se había referido al anterior señalando que “su actual vocación a defender la muerte de vidas iniciadas” (y “su afición a la necrofilia”) era “el resultado de un cambio en el metabolismo de cromosomas” y había añadido que “hay llamadas fascinantes del dinero y la erótica llamada del cargo público”, por lo tanto, no comprendía “que para la ejecución, sea preceptiva la medicina”. Para el juzgador, “la atribución y difusión a una persona, identificada con su nombre y apellidos, de hechos que indudablemente la hacen desmerecer del público aprecio y respeto, reprochables a todas luces, sean cualesquiera los usos sociales del momento”⁵⁹. Tenemos algunos reparos en este desenlace de la sentencia, sobre todo si tomamos en cuenta que las críticas deben estar permitidas en tanto no lleguen al insulto, cosa a nuestro sencillo entender, no ha sucedido en este caso, al centrarse el reproche, si bien personificado en alguien concreto -y como dice la sentencia, plenamente identificado-, en la defensa de un asesinato de los más viles y canallescos que existen en la historia de la humanidad: el aborto.

1.3.8. Con miedo al medio

Algunas veces, los magistrados se han sentido afectados en su honor puesto que los periodistas han criticado duramente sus decisiones judiciales o han tratado de llevar a un determinado sentido sus dictámenes. Pero, además, el daño lo reciben quienes son parte del proceso, aunque con más razón los demandados o denunciados según sea el caso.

⁵⁹ Caso Ricardo Belmont Cassinelli c/ Luis Rey de Castro, Sentencia de la Sala Superior de Lima, del 14 de mayo de 1998, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 83 y 84, 112.

Tal como se cuestiona Uceda, los jueces parecen sentir la presión tanto de los gobiernos como de los propios medios de comunicación social⁶⁰. Para Pásara, el magistrado nacional, busca su aislamiento social, posee inseguridad psicológica y encuentra temor a las repercusiones a su fallo⁶¹. Por eso, consideramos que “los jueces muchas veces se sienten atemorizados por la prensa y les asusta la idea de ser ellos los próximos en aparecer en las páginas de aquellos diarios”⁶².

Lo que a veces se olvida, sin embargo, es que la propia Constitución protege el cometido acusador de los periodistas respecto a los procesos judiciales -aunque el dispositivo es más amplio y ampara a cualquiera-, máxime en casos específicos, como los relacionados con funcionarios públicos.

Dentro del Ordenamiento nacional podemos encontrar normas, como el artículo 139.20 de la Constitución, según el cual toda persona puede “formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales”⁶³. Si bien inmediatamente agrega que esto no debe afectar las limitaciones de la ley, da pie a la posibilidad de cualquier ciudadano para emitir un comentario sobre los procesos judiciales.

Sin embargo, los medios de comunicación social no “puede dar por condenado a quien todavía no lo ha sido y, tal vez, nunca llegue a serlo; ni se puede convertir la opinión contraria a una parte en prejuicio deshonesto”⁶⁴. Si sucediese ello se

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo español, del 23 de febrero de 1989, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 23.

⁶⁰ “¿Aplican estos jueces correctamente la legislación vigente en materia de delitos contra el honor? ¿Temen o no condenar a la prensa? ¿Han sido influidos por los gobiernos de turno? ¿Se corresponden los criterios jurídicos peruanos con los cánones contemporáneos sobre libertad de prensa [...]? y, por otro lado, ¿es posible, analizando el cuerpo de los juicios, hacerse una idea de cuán excesiva ha sido la prensa en todos estos años?” [Presentación: ¿Nos habíamos difamado tanto? En: UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. Prensa juzgada. Op. cit. p. 19].

⁶¹ Derecho y sociedad en el Perú. Lima: El Virrey, 1988. pp. 213 y ss.

⁶² MONTDOYA CHÁVEZ, Victorhugo y Alejandro NEYRA SÁNCHEZ. Con miedo al medio. Op. cit. p. 130.

Además arguye UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, que los jueces “son renuentes a aparecer en eventos públicos que no tengan relación con el desempeño de su función y prefieren tener un perfil bajo”, por lo que resulta “comprensible el temor a ser objeto de publicidad o tema de discusión para la opinión pública, motivo por el cual se ha desarrollado una natural resistencia hacia la prensa” [Prensa juzgada. Op. cit. p. 77].

⁶³ Existen además otras normas que analizan el tema, como el artículo 139 del Código Procesal Civil (referido al pedido de copias certificadas por parte de terceros al proceso), además de amparar la vida privada, también protege el derecho al honor de las personas. Asimismo en el artículo 228 del mismo Código cuando se refiere a la declaración de testigos, señala que las preguntas pueden ser declaradas improcedentes si es que se afecta el honor de la persona deponente.

⁶⁴ SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 195.

afectaría otro derecho fundamental como el 2.24.e: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

El problema es que el comunicador social se cree administrador de justicia: investiga, interroga, condena o absuelve; puede coadyuvar pero no irrogarse funciones que no le competen, realizando muchas veces presión para que las sentencias vayan en un sentido o en otro.

Pero no por ello va a permitirse que suceda lo que pasó en Jurisprudencia Comparada. Arguyéndose la crítica desmedida se ha tratado de impedir el cuestionamiento de la actividad jurisdiccional.

En un caso gaucho se suspendió un programa humorístico político -Tato de América-, conducido por Tato Bores y emitido en el Canal 13 por emitir imágenes y juicios vinculados con una juez. Si bien no existió afectación a la vida privada, sí pudo haberlo hecho al honor. En él se presentó un sketch en el que se presentaba a una madre con sus hijos hambrientos solicitando comunicarse con un juez de familia, el mismo que nunca la atendía; en la puerta del juzgado aparecía el nombre de la demandante. Así, se ha llegado a excesos en el sentido de que se prohibió la emisión de un programa humorístico político por la razón de que contenía una sátira a una juez podía afectar su honor⁶⁵.

Casi todos hemos sido testigos de cómo los abusos y la corrupción en el Poder Judicial invaden sus pasillos y hace que los justiciables nos sintamos cada vez menos protegidos por el Derecho. Pero este problema no es sólo de nuestro país, traspasa nuestras fronteras. Presentamos, a continuación, una ingeniosa evaluación de la labor del sistema judicial.

⁶⁵ Caso María R. Servini de Cubría c/ Canal 13 de Televisión, Sentencia de la Corte Federal Civil argentina, Sala II, del 09 de mayo de 1992, fallo 6.754 (1992), rec. por Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. La degradación del derecho al honor. Op. cit. pp. 43 y ss.; Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 126, aunque, al final, la sentencia fue revocada por la Corte Suprema argentina.

Rescatamos un caso del Viejo Mundo en el que se criticaba la actividad del sistema judicial: “¡Pardiez! Que me tienen perplejo aquestos villanos. Entérome por las gacetillas de corte, que el espanto y la ira reina entre las mesnada del Poder Judicial y que hasta sus más altas torres han llegado las voces plañideras de venganza traído de un juececillo de allende los mares que ha osado presidir juicio vestido de capa roja, calzón corto, medias blancas y sombrero emplumado [...] Dicen los alguaciles, que al Juez secundaban un Secretario disfrazado de forma indefinida y un Abogado con traje de tuareg. Nada añaden las crónicas sobre la suerte seguida por estos dos secuaces del evento, lo que tampoco tiene mucho de extraño ¡a fe mía! pues si los Secretarios no han llamado la atención durante décadas vestidos de ‘inservibles’, no hay razón para lo que hagan disfrazados de ‘indefinidos’ y en cuanto a los Abogados ‘¡Vive Dios!’ sería la primera vez que alguien del Poder Judicial preste atención a lo que un Abogado hace o dice en el acto de un juicio”⁶⁶. A partir de este caso, se señaló, basándose en el *breathing space* que soporta toda opinión, que “la necesidad de que en la aplicación del mismo se deje un amplio espacio a la libertad de expresión, que no ha sido traspasado por el artículo periodístico y que ha dado lugar a la condena impugnada”⁶⁷. Coincidimos con esta sentencia.

1.3.9. El ataque personal

Con respecto a algunas personas, a veces el ataque que reciben se aleja de las funciones a las que se dedica.

Así, en alguna oportunidad, se ha ido más allá de una crítica sobre la labor edil de un alcalde y se ha puesto en tela en juicio su idoneidad como persona, tanto en su vida política como en la sentimental.

⁶⁶ Opinión formulada por el abogado Miguel Ángel Aragüés Estragüés, llamada D’Artagnan al ataque, en el periódico El Día, de Zaragoza, del 19 de abril de 1989. El artículo trataba sobre el revuelo causado por un juez cuando fue a despachar un día de carnaval disfrazado de mosquetero.

En el semanario *Enfoque*, un periodista realizó una evaluación de la gestión edil de la alcaldesa de Guadalupe y se le vinculaba amorosamente con un asesor del Ministerio de la Presidencia⁶⁸. Para el juzgador, esta opinión, la que se conjugaba con una información, afectaba claramente el derecho al honor de la alcaldesa⁶⁹. En casos como éste, preferible será medir las consecuencias del discurso vertido: si perjudica la situación de semejanza de esta funcionaria pública ante sus electores, entonces habrá de considerarse la protección del honor; si por el contrario, sólo se expresa una necesidad de apreciación por parte de los periodistas del manejo de la ciudad a causa de una necesidad social, se deberá amparar la opinión.

En otro caso, se presentó un discurso que contenía primero información (motivo por el cual volveremos a él más adelante), y luego una opinión. Ambas eran plenamente diferenciables, razón por la cual la que analizaremos en estos momentos, solamente la segunda. Según ella podemos encontrar cómo se puede diferenciar claramente una expresión congruente de la que no lo es. Además, podemos ver que ésta se centra más que en la actividad pública del cuestionado en ámbitos privados de su vida.

El afectado se trataba a la vez de diputado y dirigente deportivo. En la sentencia se realiza una muy buena explicación de los hechos: el periodista “empleó expresiones ofensivas, innecesarias para la información que transmitía e inutilmente vejatorias para el Sr. Roca, que versaban sobre sus supuestos defectos físicos (‘lo de ‘Pedrusquito’ lo he dicho en muchísimas ocasiones, es tan sólo un apeltivo cariñoso que identifica sus escasos centímetros, su poco pelo y su nulo talante’; ‘ni ve y no es por las cataratas’; ‘Pedrusquito Catarata Roca’), sobre su valía moral (‘vil vasallo de Pablo Porta’; ‘impresentable Presidente de la F.E.F.’) o sobre su capacidad intelectual (‘ni oye, ni sabe, ni quiere, ni puede’; ‘el tío no sabe

⁶⁷ Sentencia 121/1989, de 03 de julio, rec. por Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. La degradación del derecho al honor. Op. cit. pp. 55 y ss.; Rafael REBOLLO VARGAS. Aproximación a la jurisprudencia constitucional. Op. cit. pp. 54 y ss.; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 101 y ss.

⁶⁸ Artículo titulado *Disputas políticas descontrolan conciencia electoral guadalupana*. Los pecados de Nancy.

⁶⁹ Caso Nancy Aracelly Quiroz Ocas de Guevara c/ Herless Salvador Carrión Portilla y Luis Henry Guillermo Gamarra, Sentencia del juez penal de Guadalupe, del 05 de octubre de 1998, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 92.

nada y lo sabe todo. Bien)'⁷⁰. El análisis es impecable por parte del juzgador, y lo queda aunarnos a sus esfuerzos.

En otras oportunidades, se ha hecho críticas respecto a determinadas personas, aunque simplemente como una forma de ejercer un derecho a la expresión, sin tener base en una información. Es una manera de *pure opinion*.

En Costa Rica, un jugador de básquet consideró que se afectaba su honor cuando un comentarista señaló respecto de él lo siguiente: “Gabriel García Márquez, Premio Nobel de Literatura, divide los habitantes del mundo en dos tipos: los que cagan bien y los que cagan mal. Considero que M. está entre los segundos”. Si el bien el juzgador no pronunció sobre el fondo del asunto, puesto que el periodista se retractó de su publicación⁷¹, consideramos que en este caso no se ha afectado el honor de la persona. La congruencia entre el mensaje a expresar y el discurso pronunciado nos parece adecuado. Además no debe tomarse de manera literal el contenido de la opinión, sino simplemente como una apreciación negativa de una persona.

Frente a este episodio, encontramos uno nacional, dentro del cual se presentan los periodistas deportivos Eduardo Sanjinez y José Manrique señalando respecto al presidente y representantes del Comité Departamental de Deportes de Junín sus cualidades de ‘dirigentes incapaces’ y ‘sinvergüenzas’. Para el juzgador, los comunicadores sociales pueden expresar su desaprobación y protestar contra la injusticia, amparados en su derecho a la expresión⁷².

Regresando a la Jurisprudencia Comparada, veremos un episodio, relacionado con un testigo de Jehová, en que éste señaló respecto a un policía que era un ‘maldito facista’ y ‘condenado chantajista’, frases que motivaron la estima de la afectación

⁷⁰ Caso José Luis Roca c/ José María García, Sentencia del Tribunal Constitucional español 105/90, de 06 de junio, Sala Primera, Recurso de amparo nº 1695/87, rec. por Rafael REBOLLO VARGAS. Aproximación a la jurisprudencia constitucional. Op. cit. pp. 79 y ss.

⁷¹ Sala Tercera, Querrela por injuria por la prensa. Expediente 277-89, Sentencia v-142-F, de 21 de julio de 1989, rec. por Henry ISSA y Luis SAÉNZ. Justicia penal y libertad de prensa. Op. cit. p. 76.

⁷² Sentencia de la Corte Suprema, Expediente 1570/72, Procede de Junín, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 153.

del honor⁷³. En este caso, como vemos la actuación de un gendarme está siendo cuestionada pero con calificativos que largamente exceden los de la sana crítica, razón por lo cual consideramos incongruente esta expresión.

Entonces, se puede argüir que sólo será protegida una opinión si es que emite un discurso congruente que no afecte el honor de las personas y se centre en el desarrollo colectivo que conlleva. En el caso del análisis del contenido esencial de la expresión, debemos tener en cuenta que éste debe centrarse no sólo en lo que un examen superficial nos puede llevar a concluir, sino en una serie de cuestiones que tengan trascendencia con el mismo.

Ya presentábamos un caso que si bien no fue llevado al Poder Judicial puede ser muy ejemplificante⁷⁴. Mario Vargas Llosa, tras criticar duramente, dentro de su obra *El pez en el agua*, a su ex-asesor Hernando De Soto, éste respondió tajantemente que el escritor era ‘un hijo de puta’. Pero, la locución ¿es congruente o no? Creemos que el centro del análisis ha de ser el sentido que se dé a ella: si se toma en su sentido literal, aparecerá como una muy fuerte; si se le encuentra su significado coloquial, será simplemente un peyorativo personal⁷⁵. Según la interpretación que asumamos se podrá concluir en la afectación o no del honor del afamado literato nacional.

Otro caso también referido a la falta de congruencia es el de Francisco Lombardi. Un periodista deportivo, conocido por sus exabruptos, como es el tigre Félix Navarro Pereyra, liberó una fuerte campaña contra el Presidente de la Comisión de la Selección de Fútbol USA 94, a quien calificó como incompetente en el ejercicio de su función, y, finalmente, como un ‘cojudazo’. Para el juzgador, una frase como ésta llegaba a ser injuriosa e incongruente con el mensaje que se quería emitir,

⁷³ Caso de la Corte Suprema estadounidense *Chaplinsky c/ New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. *El mercado de las ideas*. Op. cit. p. 35.

⁷⁴ MONTDOYA CHÁVEZ, Víctorhugo y Alejandro NEYRA SÁNCHEZ. *Con miedo al medio*. Op. cit. p. 141.

⁷⁵ Artículo 137 del Código Penal: “En el caso de injurias recíprocas proferidas en el calor de un altercado, el juez podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las partes o a una de ellas”.

motivo por el cual condenó al periodista⁷⁶. A nuestro modesto entender, una solución adecuada al problema.

1.3.10. La contingencia política

Los políticos estén o no en actividad gubernamental son siempre objeto de un justo interés por parte del público. Su actividad social está muy relacionada con el ‘desarrollo colectivo’ de la población.

Por ello, se ha llegado a considerar que “la crítica de una conducta que se estima comprobada de un personaje público puede ciertamente resultar penosa para éste, pero en un sistema inspirado en los valores democráticos la asunción de esta crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia política”⁷⁷.

Si basándose en informaciones respecto a su pasado de militancia, se realiza una crítica respecto a uno de ellos nos encontraríamos ante un supuesto de expresión que debería encontrarse dentro de la protección constitucional. Por lo tanto, una reprobación fuerte pero no insultante debe ser considerada como adecuada y proporcional.

En 1975 luego de que un representante de la comunidad judía, Simon Wiesenthal, acusara al presidente del Partido Liberal de Austria de haber sido parte de las S.S. en la Segunda Guerra Mundial y tras la declaración de Bruno Kreisky, canciller saliente y presidente del Partido Socialista, en la que se aducía que Wiesenthal era de una organización de mafia política, el periodista M. Lingens publicó, en la revista en que era redactor jefe Profil, un artículo denominado *Der fall Peter*, censurándose a Kreisky (llamándosele inmoral, indigno y oportunista). Éste lo demandó y fue condenado, basándose en que según la ley austriaca se debía

⁷⁶ Caso Francisco Lombardi c/ Félix Navarro Pereyra, Sentencia de la 7ª Sala Penal Superior de Lima, del 14 de agosto de 1995, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 119.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español 105-1990, rec. por Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Temas de Derecho Penal. Op. cit. p. 299.

probar la veracidad de toda afirmación y ello no pudo hacerse debido a que el tipo de discurso empleado era de expresión y no de información.

Ante esta resolución, Lingens acudió al organismo supranacional correspondiente, el mismo que, tras plantear la diferenciación entre expresión e información, declaró la inculpabilidad del demandado debido a que “los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular”. Entonces, la sentencia condenatoria deviene en desproporcional. Además, debe entenderse que “los artículos escritos por el demandante quedaban claramente dentro del campo del periodismo político. Se referían a sucesos que fueron de gran interés público en el tiempo correspondiente y que perturbaron la opinión pública del país”⁷⁸.

Además, la siempre estigmatizadas relaciones entre el poder y los intereses particulares ha hecho que en algunas oportunidades, la persona supuestamente afectada por dichas conexiones ataque fuertemente a sus acusadores.

Un concejal y diputado provincial, tras haber señalado que un arquitecto había realizado un proyecto en el que favorecía los intereses del propietario de una finca alquilada cuya declaración de ruina interesaba, se había sentido afectado en su honor luego que éste dijese de aquél, ser uno de los “políticos sin escrúpulos, fanáticos sin remedio que llegan a creerse sus propias falsedades” tras haber escrito un “artículo tendencioso, demagógico y desinformador sobre un problema técnico”, que era “o un irresponsable, o está sujeto a condicionantes políticos, religiosos o económicos que le impiden ser racional”. Para el juzgador, el significado de las expresiones vertidas es “claramente degradante y denigrante o con actitud lesiva para el honor de la persona objeto del escrito”⁷⁹.

1.3.11. Cantándole al pueblo

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 08 de julio de 1986, Caso Lingens, rec. por Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 111; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 275; Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. pp. 27 y 28; J. VERVAELE. El Sistema europeo. Op. cit. pp. 602 y ss.; Juan Antonio TRAVIESO. La libertad de expresión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 890.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo español del 24 de abril de 1989, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 23.

Un reciente caso nacional versa sobre la canción Alan, interpretada por parte del grupo Nosequién y los Nosecuántos, en clara alusión -visión sarcástica del tema- al posible retorno polémico desde Francia del ex-Presidente de la República, Alan García Pérez. La representante de éste hizo pública la interposición de una denuncia contra el grupo puesto que la letra de la canción afectaba el honor de su representado. Según parece, el problema no pasó a mayores.

La canción comienza con una especie de arenga, en la que se imita la voz de Alan García (“Compañeras y compañeros, saquen sus pañuelos y pónganse a bailar y a gozar con Nosequién y los Nosecuántos ¡Azúcar!”), para luego continuar en el cuerpo de la canción y contar el verdadero motivo de su regreso a la política⁸⁰, basado en sus métodos para tener carisma -un remembranza de su buen discurso y su predilección por la música ranchera-, reconociendo la labor del actual Secretario General del Partido Aprista, Jorge Del Castillo, y rememorando todas las cuestiones por la que actualmente el ex-presidente es juzgado -compra de aviones mirages a Francia, contrato de construcción de un tren eléctrico con los italianos y la adquisición de un canal de televisión local- (“Ya se me acabó la plata / que con esfuerzo gané / Para el vino ya no alcanza / tampoco para el paté / Tan sólo unos avioncitos / o la compra de un canal / podrían causar alivio / ahora que estoy tan mal / un trencito interurbano / desde Cañete a Huaral / Qué buena que está tu idea / de volver a gobernar / te quiero Jorgito lindo / en un mes estoy allá / con un simple palabreo / o poniéndome a cantar / una canción mexicana / en un barrio popular / Por eso, amigos peruanos / muy pronto ya me verán /”). Ya en el coro final se siguen introduciendo mensajes relacionados con la actuación de García Pérez, pero ya expresado por un tercero (“Alan, Alan, Alan, Alan / no se, aquí sí te queremos, pero viviendo en París / Alan, Alan, Alan, Alan / qué bien que hiciste las cosas cuando te fuiste de aquí / Alan, Alan no vuelvas más / Alan, Alan, quédate allá”) siguiendo un relincho, como una forma de recordar su apelativo de ‘Caballo loco’, y continuando con el discurso (“Alan, Alan, no vuelvas más / sólo déjame indicado si vienes en línea aérea o si vienes en mirage / Alan, Alan, quédate allá / Mas bien mándale pasajes a tus sobones y pajes que dejaste

⁸⁰ Finalmente, su intento de postular a las elecciones congresales del 2000 fue frustrado por una cuestionada ley que se dio con dicho fin.

por acá / Alan, Alan, no vuelvas más / Te haces el arrepentido después que nos has jodido; ahora, ¿quién te creará? / Alan, Alan, quédate allá / Parece que no te alcanza pa' caviar en la panza y ahora quieres regresar”). Como parte final de la canción, se presenta un perorata que es realizada supuestamente por Fujimori en una extraordinaria imitación de su forma de pronunciar el inglés (“*It’s very difficult to me / in my first gubernation / This guy is a traditional politician / is talking and talking and talking / and in the end / fuck to you / ¡Disolver!*”).

Siendo bastante sinceros, si bien la canción hace muchas críticas sobre la actuación funcional del presidente aprista (mezclándola constantemente con diversos hechos), debemos tomar dos cuestiones para concluir con la existencia de un ejercicio legítimo del derecho a la expresión (y como decíamos, también, a la información): primero, todo lo que señala en esta canción es de conocimiento público así como de interés general, y lo que se hizo solamente ha sido recoger el sentimiento de la gran mayoría de los peruanos, duros detractores de la política económica de García Pérez; segundo, se nota claramente del tenor del discurso, que es una sátira a un hecho que era en su momento de actualidad: el regreso del ex-Presidente para postular a una curul parlamentaria. Y después de todo lo que hizo al país (como causarle una de las principales inflaciones a nivel mundial), no es para nada ilógico reprochar lo que, en esos momentos, era un inminente regreso.

1.4. Difusión de opiniones a través de medios periodísticos y honor de personas jurídicas

Si bien solamente el primero de los supuestos que presentaremos es un caso de protección del honor de las personas jurídicas, el caso del Estado -tal como ya lo anunciamos- será incluido en este punto por su importancia doctrinal y fáctica en el Perú de los setenta.

1.4.1. Calificando a las empresas

A través de los medios periodísticos también se puede afectar el honor cuando se expresa que una empresa transnacional ‘pone precios muy caros a sus productos al denigrar y aprovecharse de los habitantes de un país’. Esto definitivamente afectaría la imagen social de esta empresa, y por lo tanto existe una relación con el honor.

Así, en un caso nacional podemos encontrar que se publicó un titular en el que se opinaba sobre la actuación de una empresa: ‘Acuña y Peralta asaltan municipio. Se apropian de terreno para grifo bomba’⁸¹. La persona jurídica se sintió afectada en su honor, y tras ir a un proceso en sede penal, el juzgador consideró que en este campo del Derecho, sólo puede protegerse la persona física y no la jurídica⁸². Coincidimos con esta sentencia, pero debemos agregar además que si bien la opinión presentada se basa claramente en un derecho a la expresión, es plenamente congruente y, por tanto, merece protección constitucional.

En ciertas ocasiones, se ha hecho críticas a las personas jurídicas, a ellas como entidades, razón por la cual éstas han buscado proteger su honor lejos de la vía penal.

Como respuesta a un artículo aparecido en el periódico *Spiegel* (que incluía las opiniones políticas del Presidente de la audiencia territorial de OLG de Stuttgart), Richard Schmid lo acusó, en el *Allgemeine Zeitung*, de tener una línea editorial que, desde el punto de vista moral, se asimilaba a la pornografía. El medio de comunicación escrito se sintió afectado, y acudió ante el juzgador, pero éste señaló el derecho a contraatacar, consistiendo en la oportunidad de defensa de un perjudicado del ataque de la prensa a través de opiniones también fuertes⁸³. Bueno, esta solución dista de cierta forma con la propuesta de las injurias recíprocas -ya analizada-; sin embargo, el análisis lo consideramos como adecuado.

⁸¹ Semanario El Maletero, de Chiclayo, edición del 10 de marzo de 1995.

⁸² Caso Empresa Acuña y Peralta S.A. c/ Wilson Luna Rodríguez, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 90 y 91.

⁸³ Caso del Tribunal Constitucional alemán, Sentencia Schmid-Spiegel, rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 37.

1.4.2. La tutela del Estado

Muchas veces el gobierno, aprovechándose de la injerencia -si no, control- que suele tener sobre el resto de Poderes, máxime el judicial, busca quedar impune de los actos atentatorios del orden democrático de los países. Para eso, están los medios de comunicación social para ser el contrapeso necesario, rol que en ciertas oportunidades sí ha cumplido.

Igualmente, la experiencia de la salvaguardia del honor del Estado no sólo ha estado concebida como parte del gobierno como tal, sino que a veces se ha querido incluir dentro de ella, supuestos específicos de diversas instituciones que forman parte de él.

1.4.2.1. El 'intachable' gobierno nacional

Así, en el Perú, sobre todo bajo la vigencia de los Estatutos de Prensa, se utilizó desmedidamente la figura del honor del Estado, afectado por parte de los periodistas. Es decir, cualquier destape acerca de los abusos desde el gobierno o crítica a su funcionamiento era considerado como un delito. Era un descarado atropello desde el poder. Bueno, en este subcapítulo sólo presentaremos algunos casos referidos al uso de la expresión fustigador al Estado.

En esta línea, se encuentra una sentencia por la cual se condenaba al director de Caretas, Enrique Zileri, por haberse publicado una nota⁸⁴, según la cual el gobierno militar de Velasco Alvarado había incurrido en los mismos errores por los

⁸⁴ Edición n° 502, del 28 de agosto de 1974, artículo Testigo de descargo.

que había procesado a los ministros del gobierno de Belaúnde Terry, al cual derrocaron, cuando firmara con Estados Unidos un acuerdo respecto a los adeudos de la *International Petroleum Company*. Según, el juzgador, ésta era una “interpretación lesiva a la dignidad del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas”, puesto que “con el pretexto de defender la actuación de los ex-ministros, se distorsionaban los términos del Convenio y se atribuye a los miembros del Gobierno Revolucionario una conducta desleal para con la ciudadanía, a quienes se les imputa, irónicamente, y con revelada sutileza, conducta igual a la que observaron los ex-ministros [...]; que en tales condiciones la publicación de *Caretas* resulta intencionalmente dirigida a lograr distinta interpretación por el lector del Convenio y a falsear la verdad de los hechos contenidos en él, atribuyéndole al Gobierno y a los hombres que lo componen, no sólo una conducta falsa y actuación antipatriótica, sino dañina y perjudicial para el Perú”⁸⁵. Una típica sentencia de un país en dictadura.

Pero no sólo en nuestro país suceden estos sucesos, sino también en otros cuando aún no se asentaban democráticamente.

Un caso paradigmático de este tema, lo podemos encontrar en uno hispano. El senador Miguel Castells Arceche publicó un artículo⁸⁶ en el que comenzaba con una clara exposición de hechos (la existencia de una treintena personas muertas violentamente y en circunstancias no esclarecidas), acudiendo así al uso de su derecho a la información, para luego señalar que “[d]etrás de estas acciones sólo puede estar el Gobierno, el Partido del Gobierno y sus efectivos”, por lo que los autores de las muertes “tienen garantizada de antemano la impunidad legal”. El Ministerio Público lo querelló por injurias graves al Gobierno, y a lo cual el juzgador, señalando que el centro de la acusación estaba en una opinión y no en una noticia, condenó al acusado puesto que las expresiones “encuentran un límite indiscutible en la seguridad exterior e interior del Estado que puede ponerse en

⁸⁵ Sentencia de la Corte Suprema, de 1975, Expediente 1445/74, Procede de Lima, Caso Gobierno Revolucionario c/ Enrique Zileri Gibson, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 14 y 15, 135 y ss.; José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 156. En otro caso también contra Zileri, se buscaba proteger el honor de un ministro del Estado como parte de un agravio para el Gobierno Revolucionario, pero felizmente el juzgador consideró, tras la interposición de una denuncia por parte del Procurador General, que la acción debe ser ejercida por el propio ministro puesto que “el agraviado es el funcionario público y no el Estado” [Caso Procurador General de la República c/ Enrique Zileri Gibson, Sentencia de la Corte Suprema, de 1980, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 90].

riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas, en las que las fuerzas políticas del país se deben reconocer y que expresan no sólo el interés singular de algunos miembros de la comunidad nacional, sino el interés de la colectividad entera, en la medida en que estas instituciones son expresión de la solidaridad de la nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política”⁸⁷. Pero, ¿por qué tutelar un prestigio gubernamental basado en la ‘solidaridad política’ de la nación?, ¿mejor -o más claro- no sería, por ejemplo, señalar que todos debemos quedarnos callados y dejar que los gobiernos sigan realizando diversos atropellos contra la persona y sus derechos? Un Estado, en caso sea honesto, debe agotar todos los medios para esclarecer las violaciones sistemáticas de los derechos fundamentales de los seres humanos, y no hacer, como ya estamos acostumbrados -pero no por eso resignados- en el Perú, investigaciones por compromiso cuando es de conocimiento general la existencia de atropellos por el propio gobierno, tal como señalaríamos cuando hablamos de los asesinatos de los periodistas. Además, para la Corte Europea, se debe preferir este derecho a la expresión, en virtud de las facilidades que tiene el supuesto afectado para defenderse: “tiene a su disposición otros medios para replicar los ataques injustificados y críticas de sus adversarios o de los medios”⁸⁸.

14.2.2. Una protección indirecta

Pero, así como se han centrado en el examen del Estado en general, también la Jurisprudencia se ha visto enfrentada a casos en los que trata de definirse la situación de instituciones que forman parte de un organismo del Estado, como pueden ser el Poder Judicial, el Poder Legislativo, las Fuerzas Armadas o las Policiales.

⁸⁶ Insultante Impunidad. En: Revista Punto y Hora de Euskalherria, edición de la semana del 14 al 21 de junio de 1979.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español 51/1985, de 10 de abril, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 68 y 69, quien critica duramente la resolución.

⁸⁸ ECHR, Serie A 236, 1992, rec. por Juan Antonio TRAVIESO. La libertad de expresión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 890.

José Luis Navarro Gancedo, un objetor de conciencia, señaló en una entrevista que “es increíble que a mí me metan siete meses y que castiguen con un mes de arresto a un capitán de ilustre apellido que llamó cerdo al Rey [...]. Esto me confirma una idea que ya tenía arraigada: hay una gran parte de los jueces que son incorruptibles. Nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia”⁸⁹. Se inició un proceso contra él por injuriar a la Administración de Justicia. El juzgador, basándose en el tipo de derecho de comunicación del discurso ejercido, en la proyección pública de las personas afectadas y en el discutido carácter personalísimo del honor (respecto a las entidades, “es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral”), concluyó que las opiniones vertidas por el denunciado no pueden considerarse “un apóstrofe insultante fuera de discurso, sino un juicio evaluativo”⁹⁰.

En otro caso, Rodolfo García, luego que los diputados nacionales guatemaltecos no quisieran bajarse los salarios, señaló respecto a los “mal llamados padres de la patria” que “es necesaria sacar la basura del Congreso”. Apropiadamente el juzgador señaló que esta opinión se encontraba dentro del derecho a la expresión de la persona⁹¹.

De igual forma, cuando Vicente Rodríguez Lozano señaló que “Caballería no sólo es el segundo cuerpo de soldados más antiguo del Ejército español, sino que también llámase caballería mayor o a la mula o al caballo y menor al borrico, así es que caballería, propiamente hablando, hay mucha gente todavía [...]; y, llámase caballería a la porción que de los despojos tocaba a cada caballero en la guerra y a ti, capitán, te han tocado varios”, el Ejército se sintió ofendido. La sentencia, en este punto, recogió los postulados mostrados en el caso anterior: estas frases debían entenderse como “expresiones que refuerzan, ciertamente excesos terminológicos” pero no como “apóstrofes insultantes”, ya que se expresaba una opinión en relación con “una materia de indudable interés público” y manifestaba

⁸⁹ Comentario publicado en Diario 16, de Madrid, del 16 de enero de 1982.

⁹⁰ Sentencia 107/1988, de 08 de junio, rec. por Rafael REBOLLO VARGAS. Aproximación a la jurisprudencia constitucional. Op. cit. pp. 49 y ss.; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 92 y ss.

⁹¹ Expediente 3116-8º (1991). Sentencia del Juzgado Primero de Instancia de Instrucción de Guatemala, Caso Jesús Ayerdi y otros c/ Rodolfo Rosales García Salas, rec. por Luis Rodolfo RAMÍREZ. Justicia penal y libertad de prensa. Informe sobre Guatemala. En: ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Justicia penal y libertad de prensa. Op. cit. p. 248.

“de manera impersonal e indeterminada” una crítica contra la conducta de algunos de los miembros de las Fuerzas Armadas⁹².

En la misma línea doctrinal, se encuentra un proceso nacional. El señor Augusto Changanaquí Del Solar calificó a un sector de la policía como un “poder clandestino, poder negro, que avergüenza, irregular y clandestina institución del soplón que con el tiempo se fue perfeccionando hasta convertirse en una institución organizada: PIP”⁹³. Para el juzgador, sí se cometía una afectación a una institución estatal, puesto que “el honor es un capital que permite a los hombres y a las instituciones desenvolverse con la estimación y el respeto de todos” por lo que “las expresiones vertidas socavan la autoridad de la policía, institución encargada de prevenir y perseguir el delito”⁹⁴. Otra sentencia descabellada.

En estos casos, nos parece sumamente interesante la diferencia que propugna la Jurisprudencia Comparada respecto a la crítica válida y la que no lo es. Una pregunta importante que podemos hacernos respecto al discurso que se emite es, ¿realmente afecta la integridad de una parte del Estado? En todos ellos, consideramos que no.

1.5. Difusión de opiniones a través de medios periodísticos y honor de colectivos

Si bien se ha reconocido la eficacia de la protección del honor de estas personas, lo que no se ha trabajado jurisprudencialmente es cómo se realiza dicho amparo jurídico. Este tema debe ser materia de un mayor análisis.

⁹² Sentencia 51/1989, de 22 de febrero, rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 101; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 98 y ss.

⁹³ Carta publicada en el número 356 de la revista Diga.

⁹⁴ Sentencia de la Corte Suprema, del 30 de junio de 1970, Expediente 989/69, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. pp. 150 y 151.

Recapitulando (y tomando en consideración lo expuesto), observamos que los límites deben fijarse expresamente. Para ello se han propuesto cinco criterios, los cuales debemos acoger:

- naturaleza del enunciado difamatorio (se analiza el carácter de la imputación);
- credibilidad de quien comunica un discurso y del medio utilizado (cuanto mayor es, más difícil la demanda);
- estructura del grupo y la participación del afectado dentro de él (se debe el tipo de organización del colectivo);
- popularidad del grupo (inversamente proporcional a la credibilidad del enunciado que lo afecta); y,
- exigencia de mantener abierta la discusión sobre asuntos públicos (según la actividad de la clase de personas afectadas).

Los casos anteriores ayudarán a saber si ha existido afectación al honor o no. Pero además debe verse la gravedad de dicha afectación. Para ello se debe analizar cuatro aspectos: la trascendencia pública de la noticia; la credibilidad de quien comunica su discurso y la del medio; el carácter injurioso de la noticia; la popularidad del grupo; y, la estructura del mismo.

1.5.1. Una cuestión de raza

Hemos tratado con cierto detenimiento el caso de los colectivos en el Capítulo Cuarto. Entonces, por ejemplo, cuando una persona se halla afectada por un comentario que contiene un discurso claramente racista y xenófobo, el honor identificable y dañado debe ser protegido antes que la expresión.

Así, en un caso español, un facista belga negaba a través de un semanario el holocausto judío perpetrado por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial. Una persona integrante de la comunidad judía pese a no ser nombrada en la nota inició un proceso en el cual logró no sólo el reconocimiento de su honor sino la posibilidad de defensa de este derecho a los colectivos: el Tribunal Constitucional español ha señalado, al respecto que este derecho, que “no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes, siempre y cuando éstos sean identificables”⁹⁵.

Independientemente de lo que trabajaremos más adelante respecto al tema de los tebeos, en un caso también español -el pueblo hispano parece tener una obsesión con la relación entre nazis y judíos- se ha señalado que “en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. Una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente. En este caso convergen, además, dos circunstancias que le hacen cobrar trascendencia. Una de ellas es el medio utilizado, una publicación unitaria, con un tratamiento predominantemente gráfico servido por un texto literario, cuyos destinatarios habrán de ser en su mayoría niños y adolescentes. Por esta condición, el público lector al cual se dirige el mensaje, hay que ponderar su influencia sobre personalidades en agraz, aún no formadas por completo en temas que, además, puedan depravarles, corromperles y, en definitiva, deformarles”⁹⁶.

⁹⁵ Caso Violeta Friedman, sentencia del Tribunal Constitucional español 214/1991, de 11 de noviembre, rec. por Marc CARRILLO. Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor. Op. cit. pp. 106 y ss.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español 176/1995, del 11 de diciembre de 1995, rec. por Fernando HERRERO-TEJEDOR. Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Op. cit. p. 35; Alberto M. ARONOVITZ. Caso de los cómics: Colisión de derechos. <http://www.geocities.com/Athens/Forum/7841/racism.html>

Un tema que, sin duda, puede crear controversia -como de hecho lo ha hecho-, ha sido el exitoso programa de televisión nacional La paisana Jacinta, la protección que podría existir en este caso de la raza andina.

Sin duda, la imitación de Jorge Benavides de una mujer serrana es realmente extraordinaria, pero para muchas personas, si bien el fin esencial es recoger sus gestos, las peculiaridades en su hablar y formar de vestir, lo que logra es denigrar a las 'paisanas', relacionándolas con la ignorancia, la inmundicia y la vulgaridad. Quizás se pueda intentar llegar a los Tribunales nacionales para proteger el honor de la raza andina, habiendo ya existido un intento de recolección de firmas para que sacar este programa de Frecuencia Latina del aire.

1.5.2. Frases exageradamente amplias

Si bien el asunto de las razas parece -por lo menos en Jurisprudencia Comparada- ya aceptado como parte de la protección del honor, una materia más discutida es la referida a la protección genérica de la opción religiosa.

El escritor Dalmiro Sáenz, en un programa dirigido por Gerardo Sofovich, se refirió a Jesucristo y a la Virgen María en términos que, para Miguel Ángel Ekmekdjian, eran agraviantes y lesivos a sus sentimientos cristianos y católicos. Éste para sentirse resarcido envió una carta para que se leyera en el programa, lo cual nunca se realizó. Al recurrir al Amparo, se llegó hasta la Corte Suprema. El principal problema a cuestionarse fue el de la legitimación, y señaló finalmente que estas ofensas "afectan lo más profundo de su personalidad por su conexión con su sistema de creencias". Así, la sentencia de la Corte nos lleva a la protección de los intereses difusos, negados en otro caso también referido al actor -revisado *supra*-. Como consecuencia ello, se condenó a Sofovich a dar lectura a la carta⁹⁷.

⁹⁷ Caso Miguel Ángel Ekmekdjian c/ Gerardo Sofovich, Sentencia de la Corte Suprema argentina, del 07 de julio de 1992, rec. por Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BISCARDI. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. pp. 257 y ss.

Pese a reconocer nuestra adscripción a la existencia del honor en los colectivos, en este caso parece que se está llegando a extremos muy peligrosos de defensa. Si se sigue en esta línea, llegaremos a un punto que cualquier comentario en el que nos sintamos aludidos, tendrá, a través de este tipo de interés difuso, que ser protegido constitucionalmente. De esta manera, las frases excesivamente abiertas, que según explicáramos no son parte de un enunciado factual, empezarían a ser consideradas como un discurso perjudicial, cosa que como señalamos en el Capítulo Quinto, no debe permitirse.

1.6. Difusión de opiniones a través de discursos imaginativos y honor en general

La iniciativa y la imaginación de las personas hace que muchas veces se presente una opinión sin que ésta sea claramente expuesta. Para realizar críticas o reproches a situaciones o personajes conocidos se ha hecho uso en algunas oportunidades de la sátira⁹⁸. Ésta no debe ser considerada como una descripción real de hechos sino como actos meramente ficticios reproducidos para dar un mensaje disimulado, pero a la vez entendible por el público.

Se han empleado tres formas de realizar una sátira: el fotomontaje, el acto sarcástico y la caricatura.

1.6.1. Fotomontaje

⁹⁸ Frente a la encrucijada que plantea LUZÓN PEÑA (o es un delito contra la vida privada o es "un atentado a la fe pública en la veracidad de documentos gráficos o sonoros" [Estudios Penales. Op. cit. p. 446]), nosotros consideramos que la sátira se encuentra como una forma de relación entre expresión, al ser una invención por lo tanto no sujeta al requisito de la veracidad, y honor, puesto que podría afectar el reconocimiento social de una persona.

Debe entenderse como aquella mezcla de fotos reales con ficción para crear una situación distinta a la original. Pero lo principal de esto es que debe señalarse claramente que se trata de fantasía o que se derive fácilmente del contexto de dicha invención.

El tratamiento del tema ha sido prolífico puesto que se ha acudido al Poder Judicial para determinar si tal o cual fotomontaje afectaba el honor de las personas, en vista de la gran imaginación de los peruanos para crear y divertirse. En uno de ellos, el juez sólo dictaminó que esta afectación sí era plausible de darse, aunque no nos indicaba cómo se solucionaba finalmente el problema.

En el famoso -y ya mencionado- caso de los Delgado Parker c/ Ramón Ramírez Erazo y Wilfredo Ramírez Romero, se insistía en la tutela de los derechos de los empresarios de radio y televisión por haberse visto afectados en la tapa del semanario *Confidencial* por un fotomontaje en el que aparecían los tres hermanos en una situación engañosa -en una orgía- con la conocida conductora de televisión Gisela Valcárcel. Por eso el juzgador señaló “que la publicación aparecida en la primera y hojas doce y trece del semanario *Confidencial* en su número sesentiuno, del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventidós, agravian en forma evidente y flagrante el honor de los accionantes, constituyendo una violación a los derechos que como personas se les garantiza”⁹⁹. Cuando se hace mención a la primera página se refiere al aludido fotomontaje.

En el resto de oportunidades, el juzgador ha ido más lejos y ha tratado de dar algún sustento a su resolución. En todos ellos, podemos encontrar que el centro de la decisión se ha encontrado en lo insultante o no del fotomontaje.

⁹⁹ Sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Acción de Amparo, rec. por Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. pp. 170 y ss.

El mejor montaje fotográfico al que hemos tenido acceso ha sido -sin lugar a dudas-, el que involucra al ex-candidato presidencial aprista Luis Alva Castro. Tras el fracaso electoral de su partido en las elecciones de 1990, el grupo político mostró su incondicional apoyo a un sorprendente candidato que sin partido alguno y siendo totalmente desconocido en el ambiente político, había conseguido pasar a la Segunda Vuelta Electoral. Esta tácita alianza logró derrotar al destacado escritor nacional Mario Vargas Llosa y colocó a un improvisado Fujimori como presidente. A raíz de este hecho político, se publicó en la carátula de una revista nacional, un fotomontaje en el que aparecía el líder aprista vestido de novia y con la leyenda Apra – Cambio 90: Boda del Año¹⁰⁰. La semana siguiente, se presentó nuevamente a Castro, pero ahora vestida de señora, al lado de Fujimori, en el rol de esposo, y con un niño en brazos, con el rostro de Jorge Chávez, el recién nombrado Presidente del Banco Central de Reserva, aprista que ocupaba un cargo de confianza en el inaugurado periodo fujimorista. Esta sátira se presentaba como Apra – Cambio 90: Primeros Frutos¹⁰¹. Lógicamente la idea de los periodistas era mostrar, bajo las figuras de los principales representantes de dos agrupaciones políticas (como eran Alva Castro y Fujimori), dos hechos políticos conocidos por la colectividad. No se trataba de afectar el honor de nadie (no se catalogaba al aprista como homosexual, por ejemplo), sino simplemente trabajar con simbolismos, de una manera congruente según consideramos, para mostrar lo que a juicio de los comunicadores sociales estaba ocurriendo en el país. Por eso, es adecuada la sentencia dada: “la utilización del fotomontaje se realiza para hacer alegorías políticas, no con el ánimo de difamar [...], no se hace referencia a su vida personal o familiar, sino a su vida pública. La actividad pública está sujeta a las críticas e interpretaciones de la prensa”, agregando que “tampoco hay alusión de índole personal alguna, por lo que el honor del agraviado no ha sido mancillado por dichas publicaciones”¹⁰².

Un segundo caso es el que se incluye a un diplomático como era Alfonso Benavides Correa, antiguo embajador peruano en México. También dentro de la revista *Caretas*, se realizó un inofensivo fotomontaje dentro de una sección dedicada a satirizar, con un contenido eminentemente bromista, a personajes

¹⁰⁰ *Caretas*, edición 1128, del 11 de octubre de 1990.

¹⁰¹ *Caretas*, edición 1129, del 18 de octubre de 1990.

públicos que estuviesen vinculados a un tema de actualidad¹⁰³. Sin embargo, para el juzgador “la crítica periodística, favorable o desfavorable, debe efectuarse con moderación y observando el debido respeto a la personalidad humana que es materia de ella y porque la sátira importando de por sí una censura a determinada persona o su ridiculización hiere la susceptibilidad de quien se siente no solamente satirizado sino zaherido en su decoro y en su dignidad humana [...] porque sentirse o no agraviado depende de la subjetividad de la persona”¹⁰⁴. Esta sentencia, acogiendo a una postura fáctica del honor, e indirectamente a una teoría única del derecho a la personalidad, asume una afectación al honor pero evita dar un criterio claro para determinar cómo se ha llegado a ello. Según la valorización que debemos hacer del caso, se debe determinar la inexistencia de afectación por ser una crítica inofensiva la realizada por el periodista.

El último caso nacional es el referido a Andrés Townsend. Éste había formado parte por muchos años del Partido Aprista del Perú, pero tras la muerte del fundador de dicha organización, formó una propia llamada Movimiento de Bases Hayistas. Por este motivo, en un diario local apareció un fotomontaje en el que aparecía Townsend clavándole un cuchillo a Víctor Raúl Haya de la Torre, cuando éste se encontraba volteado, bajo el título de Puñalada a Haya¹⁰⁵. Aparte la imagen venía acompañado de un texto en que se decía todo tipo de improperios contra el político chiclayano¹⁰⁶. Para el juzgador, la sentencia debía ser condenatoria, puesto que “la composición gráfica es deshonrosa”¹⁰⁷. Desde nuestro punto de vista, si bien el fotomontaje es algo fuerte y singular, no se puede negar, al igual que lo consideramos en el caso de Alva Castro, que lo que se busca es claramente

¹⁰² Caso Luis Alva Castro c/ Enrique Zileri Gibson, Sentencia del 6º Juzgado Penal de Lima, del 12 de noviembre de 1990, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 117, 139 y ss.

¹⁰³ Sección Increíble ... pero Incierto, de 1973.

¹⁰⁴ Caso Alfonso Benavides Correa c/ Doris Gibson Parra del Riego y Enrique Zileri Gibson, Sentencia de la Corte Suprema, Expediente 872/73, Procede de Lima, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 154; José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 138 y 139.

¹⁰⁵ Diario P.M., edición nº 79, del 16 de junio de 1981.

¹⁰⁶ Sobre el texto no existe duda de la afectación del honor contra Townsend. El artículo, bajo el rótulo de Oye Andrés Townsend, y firmado por Carlos Lanberg con el pseudónimo de Juan Pueblo, señalaba que “¿Es tan grande tu odio contra Armando que hasta pretendes dividir a tu partido? [...] ¡No sean tan mierda, carajo! [...] Realmente es difícil creer que hayas engañado 40 años a los apristas y 40 años a ti mismo [...] No puedo pensar que un hombre de tu ‘calidad’ haya descendido a extremos tan rastreros, como cambiar la línea política apenas haya muerto tu jefe [...] ¿Por qué esperaste tanto tiempo para sacar las garras? ¿No dices que eres más valiente e inteligente que Armando? [...] ¿Entonces, por qué huyes cobardemente de tu lucha? [...] Lo que pasa es que estás rodeado en tu casa por elementos femeninos como tu esposa, tu madre política y tus hijas [...] y tanto vivir entre faldas te ha quitado tu arrostros varoniles”.

¹⁰⁷ Caso Andrés Townsend c/ Guido Monteverde y Carlos Alberto Langberg Meléndez, Sentencia de la Corte Suprema, del 27 de julio de 1983, Expediente 683-83, Procede de Lima, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 161; José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 117, 137 y 138.

es expresar una opinión sobre el retiro de Townsend de su partido original. Así, no consideramos una afectación al honor esta forma de expresión.

1.6.2. Sarcasmo

Pero no sólo a través de fotomontajes se puede realizar la sátira. El sarcasmo debe ser entendido como aquel discurso escrito mediante el cual se crea una historia -la misma que se convierte en ficticia- relativa a un aspecto determinado de la vida del afectado utilizando como eje el juego de palabras, habilidad que sirve para la transmisión de un mensaje irónico.

En 1984, se escribió en un periódico un artículo denominado El Huevo de Oro (como réplica a otro titulado Las plumas de Gran Canaria)¹⁰⁸. En éste, se apuntaron frases como “el disputadísimo galardón El Huevo de Oro, premio a la mejor güevada [sic] recae esta semana, en su modalidad de doble yema [...] en el genio universal, psiquiatra por defecto, don Luis González Hernández [...] psiquiátra audaz, que debió ganarse el título en una tómbola o en el tiro al blanco [...] licenciado en quemaduras de coco [...]. Este señor acaba de matar a Freud con un rotulador porque asombra que [...] no haya sabido de Freud nada más que tenía barba”. El supuesto afectado demandó al autor de la nota, siendo finalmente sancionado por el juzgador¹⁰⁹. No compartimos este punto de vista, puesto que el carácter hiperbólico de la nota se basa justamente en su carácter sacástico.

1.6.3. Caricatura

¹⁰⁸ En el diario La Provincia de Las Palmas, del 26 de octubre de 1984.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo hispano del 01 de diciembre de 1987, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 177 y 178.

Partiendo de que la caricatura no es un retrato, debe ser considerada de acuerdo con el uso social¹¹⁰, aunque en principio puede no ser creíble (así mismo puede ser el caso de los chistes de un cómico). En este sentido, y como parte de ser expresión, su validez dentro de la protección requiere de ser necesario para dar el mensaje, y no llegar al insulto.

Existe un interesante caso extranjero en el que se presentaba, dentro de una revista pornográfica a una persona con un alto respeto social como si fuese joven y teniendo relaciones sexuales con su madre (era su 'primera vez'), todo para anunciar una bebida alcohólica.

En un famoso caso de la Jurisprudencia Comparada, como lo es Jerry Falwell c/ Hustler Magazine and Larry C. Flynt, se ha señalado que una parodia no puede afectar el honor de una persona, sólo la información, sobre todo tomando en cuenta si el afectado es una persona pública. El demandante era un reconocido Pastor y Hustler era el dueño de la revista en la que salió la caricatura. La publicación versa sobre una parodia en el que se anunciaba Campari, en la cual el ministro evangélico, preguntado por su 'primera vez' respondía que había tenido lugar, en una situación de beodez y en un encuentro incestuoso (con su propia madre en los lavabos), anunciándose, eso sí, que la historia era ficción. Para el juzgador, una persona pública no podrá reclamar una compensación "si no demuestra que la publicación contiene un enunciado falso realizado con conocimiento de que el enunciado era falso o con desconsiderada indiferencia de su verdad o falsedad"¹¹¹.

Discrepamos abiertamente con la solución a la que se llega en este proceso (del que no debemos olvidar su origen en el *Common Law*), puesto que, desde nuestro modesto punto de vista, la caricatura realizada perjudica la inserción de la

¹¹⁰ Es importante señalar que para la Legislación Comparada, aún cuando se refiera a otro derecho fundamental (como a la imagen de personas con proyección pública) no se impedirá "la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social" (artículo 8.2.b de la Ley Orgánica española 1/1982).

¹¹¹ Caso Hustler Magazine Inc. c/ Falwell, 108 S. Ct. 876 (1988).

persona en un grupo social, aún cuando se conozca el carácter irreal de la sátira, causándose un daño emocional en el afectado. No obstante, para Salvador Coderch se afectará el honor “cuando la caricatura se refiere a particulares y constituya un ultraje gratuito y gravemente ofensivo; no, quizás, o no en igual medida cuando se refiere a personajes públicos y no pueda razonablemente entenderse con afirmación (falsa y dolosa, o gravemente negligente) de hechos relativo al actor”¹¹².

Con la misma lógica usada en el caso analizado, se absolvió en una Jurisprudencia Nacional, al famoso humorista ‘Sofocleto’ por un artículo escrito en el semanario El Tiempo¹¹³.

Aunque en estricto no es una caricatura, existe algún caso en el que se analiza la posibilidad de que a través de un *comic* se pueda afectar el honor de una persona.

Según una Jurisprudencia Comparada, de la cual hicimos referencia *supra*, en una revista se relataron “una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o los campos de exterminio, con alemanes de la SS y judíos como protagonistas y antagonistas de conductas inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales, el transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en las cámaras, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos, con otros muchos episodios que se narran en tono de mofa, sazonando todo con expresiones insultantes o despectivas (‘animales’ o ‘carroña’, entre otras). Gráficamente se acentúa la decrepitud física de las víctimas en contraste con el aspecto arrogante de sus verdugos, y así hasta la náusea. Cada viñeta -palabra y dibujo- es agresiva por sí sola, con un mensaje tosco y grosero, burdo en definitiva, ajeno al buen gusto”. Y además por utilizarse la simbología sexual más de lo necesario, sobre todo si consideramos que el público objetivo de esta revista eran los niños y los adolescentes, se remarcó que “la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando los hechos, a costa de la

¹¹² El mercado de las ideas. Op. cit. p. 171

¹¹³ Caso José Adolph c/ Luis Felipe Angell, Sentencia de la Corte Suprema, de 1976, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 157.

humillación de sus víctimas, no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional¹¹⁴. Coincidimos plenamente con esta solución.

1.7. Difusión de opiniones a través de internet y honor en general

Un novedoso medio para difundir el mensaje de una persona se puede encontrar en internet. A través de él, se expande la idea a un universo de receptores y buscadores potenciales, ávidos de saber lo que los demás piensan sobre diversos temas que le interesan.

Así, internet ya ha demostrado su capacidad para fortalecer la democracia¹¹⁵: facilitando la participación en el gobierno, ensanchando el acceso a la información gubernamental, fortaleciendo la sociedad civil a través del edificio de redes entre los individuos, ampliando el acceso a los medios de comunicación social tradicionales y promoviendo el pluralismo. Pero lo principal de uso, del acceso que tengamos a internet será la educación¹¹⁶ que tengamos para aprovecharla con un criterio adecuado, y tomando como base la actitud de los jóvenes para su uso y no su abuso¹¹⁷, así como la propia responsabilidad de estos medios¹¹⁸.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español del 11 de diciembre de 1995, rec. por Alberto M. ARONOVITZ. Caso de los cómics: Colisión de derechos. Op. cit.

¹¹⁵ GLOBAL INTERNET LIBERTY CAMPAIGN. *Regardless of Frontiers*. <http://www.gilc.org/speech/report/>.

¹¹⁶ Para COYLE, "[e]ducation is the key to the future of our freedom to read. As the technologies we use to access information grow more complex it is harder for people to understand and take responsibility for their own privacy, even when they value that privacy greatly. Those of us who are in a position to teach friends, colleagues and members of the public about information access should take every opportunity to inform them of the privacy implications of this technology and help them make informed decisions about the circumstances in which they reveal information about themselves" [*A Primer on Internet Privacidad*]. <http://www.kcoyle.net/privacidadprimer.html>.

¹¹⁷ Puesto que "[l]os jóvenes, muy especialmente, se adaptan de buen grado a la cultura informática y a su 'lenguaje' [...]. Han tenido la ventaja de crecer junto con los nuevos desarrollos, y les corresponderá a ellos utilizar esos nuevos instrumentos para un diálogo más amplio e intenso entre todas las diversas razas y categorías que comparten este planeta, 'cada vez más pequeño'. También será suya la tarea de buscar modos de utilizar los nuevos sistemas de conservación e intercambio de datos para contribuir a la promoción de una mayor justicia universal, de un mayor respeto a los derechos humanos, de un sano desarrollo para todos los individuos y pueblos, y de las libertades que son esenciales para una vida plenamente humana" [El anuncio del Evangelio en la actual cultura informática. Mensaje de S.S. Juan Pablo II para la XXIV Jornada mundial de las Comunicaciones Sociales. <http://www.multimedios.org/texts/anuncio.htm>].

¹¹⁸ Para la GLOBAL INTERNET LIBERTY CAMPAIGN, grupo de organizaciones de derechos y libertades a nivel mundial más conocida como GILC-, los medios informáticos deben "asegurar que la información personal generada en Internet para un fin no es usada para otros fines no relacionados, o entregada

Sin embargo, no todo es complacencia respecto a internet. Existe un caso nacional que creara revuelo, pero que por motivos eminentemente políticos tuvo un resultado contrario al que debería haber tenido. Éste es el caso Faisal.

La apertura de la página web de la Asociación Pro-Defensa de la Verdad¹¹⁹ se da con una pseudo apología a la paz nacional y a lo que ellos consideran la ‘verdad’¹²⁰. Esta asociación, según algunos con extrañas relaciones con el oscuro Servicio de Inteligencia Nacional, habla de los personajes ilustres de la Historia nacional -y los que son cercanos al gobierno- como personajes ‘en blanco’, y los contrarios al régimen como los ‘en negro’, haciendo a estos últimos una crítica muy severa a su idoneidad personal (calificándolos con adjetivos claramente insultantes: plumíferos, mentirosos, fariseos, farsantes, vendepatrias, felores, traidores, corruptos, entre otros). Entre los personajes ‘en negro’ encontramos a periodistas, como Cecilia Valenzuela, Ángel Paez, Gustavo Mohme, Baruch Ivcher, Fernando Rospigliosi y Luis Iberico, y a políticos antagónicos al régimen, como Francisco Diez Canseco. Para el juzgador, sin embargo, Faisal “si bien al clasificar a los personajes realizó algún tipo de valoración lo cierto es que lo hizo en el ejercicio de sus derechos constitucionales a la libre expresión del pensamiento e

sin el consentimiento expreso de la persona, y permitir que sea accesible a cualquiera la información en Internet referente a su persona y que pueda corregir cualquier información errónea” [Declaración de Principios de GILC (sep. 1998). http://www.arnal.es/free/info/regard_index.html].

¹¹⁹ Creada por un argentino de nombre Héctor Faisal, ex-subteniente del Ejército gaucho, luego dedicado a la astrología -profesor Herfais-, con antecedentes penales en su país por delitos contra el patrimonio, amenaza y coacción, y por dichos motivos, prófugo de la justicia argentina. Cuando llegó al Perú, se hospedó en el Círculo Militar y, según se dice, mantiene estrechas relaciones con el SIN.

¹²⁰ El texto inicial de esta página se denomina ‘APRODEV y las libertades de información, opinión, expresión y difusión de pensamiento’. Empieza con una pegorata antiterrorista (“Periódicamente los rezagos de las bandas terroristas Sendero Luminoso -SL- y Movimiento Revolucionario Túpac Amaru -MRTA- desde la comodidad de sus refugios en el exterior, renuevan sus páginas web en el Internet con escritos infamantes contra el gobierno del Perú al que acusan falazmente de haberse convertido en una dictadura que mata de hambre a su pueblo y persigue salvajemente a sus opositores. La ponzoña que resumen las páginas web de esos grupos terroristas tiene un objetivo muy claro: busca aislar al Perú del sistema democrático impidiéndole acceder al financiamiento internacional que el gobierno necesita en su lucha contra la pobreza y el subdesarrollo”), para luego relacionar la existencia de esta página web con la infame campaña usada por esta empresa, que sin duda, constituye un terrorismo verbal, aveces más duro que el corporal (“No obstante, ha bastado la aparición de la página web de la Asociación Pro Defensa de la Verdad -APRODEV- para que algunos medios de prensa del Perú reaccionen contra esta institución con un rigor que no han tenido frente a las páginas web de los terroristas. La diferencia está en que el terrorismo ataca al gobierno y esa prensa también se ha declarado enemiga del gobierno”) y termina con un suave ataque a los medios de comunicación social independientes (“También hay un trato diferente de esa prensa con APRODEV y ello se debe a que esta institución ha irrumpido en el coto cerrado que ha alimentado por muchos años a esos medios de expresión que hasta ahora se creían dueños de las libertades de información y opinión. Libertades de las que ha hecho uso y abuso en defensa de sus intereses particulares y no de la Nación ni de los peruanos”) [Página web de la Asociación. www.aprodev.com].

información”¹²¹. Pero además, en este proceso, se argumentó otra cosa contradictoria, con el sentido de esta resolución: que el acusado sólo había reproducido noticias; por estar muy relacionado con la información, este tema será revisado *infra*. Con respecto al resultado de este caso, sólo podemos reiterar que una opinión sólo puede ser congruente, es decir, no insultante. Si bien las personas a las que se hace referencia Faisal, son de proyección pública, los calificativos usados distan mucho de un clásico y respetuoso derecho a la crítica. Se va más allá: se busca mancillar el honor de personas, por el sólo hecho de luchar por la restitución de la democracia en el país.

2. Información y vida privada

Algunos -sobre todo los penalistas- parten de la premisa que una vez cumplido, por ejemplo, el deber de veracidad de la información, se estaría ante una causa de atipicidad frente a la afectación de la vida privada, por lo que el informador no tendría responsabilidad por sus actos. Ello creemos incorrecto.

Coincide con nuestro punto de vista, Alvarez, para quien “en una sociedad libre esto no debería ser así, y el mantener semejantes posiciones a lo que nos conduce es a una sociedad de investigadores, de delatores, de curiosos de la vida ajena, con sus correspondientes chantajistas y buscadores de dinero fácil”¹²².

No hay nada parecido a la *exceptio veritatis* en esta situación relacional, quizás porque la afectación a la vida privada siempre requiere la verdad de los hechos: “[n]o es en función a la verdad de los hechos divulgados como se defiende el

¹²¹ Sentencia del 20º Juzgado Penal de Lima, Caso Gustavo Mohme Llona y otros c/ Héctor Ricardo Faisal Fracalossi, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 95, seguida por la sentencia de la Corte Superior (“si aparece aquella vinculación valorativa de la libertad de información, con estos principios, no se producirá menoscabo alguno del honor”).

Es importante acordarse que el juez original de la causa había adoptado medidas cautelares en contra la página web, motivo por el cual la Corte Superior lo removió, colocando en su lugar a un juez provisional, con un lógico acercamiento al régimen. El nuevo juez, haciéndose cargo del proceso, anuló lógicamente dichas medidas cautelares.

¹²² El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Op. cit. p. 101.

agresor, sino demostrando que dichos hechos están vinculados al interés público, por tratarse de un personaje público o de un acontecimiento público”¹²³.

Tomando en cuenta el contenido esencial de la vida privada -corporeidad-, la única forma en que se puede relacionar con la información es a través de una actividad que recoja hechos verdaderos. Está muy próximo a la ‘revelación o divulgación de hechos relativos a la vida privada o íntima’, dentro de la escala de Prosser, pero también a la búsqueda de información y la *false light*.

Tras referirse a la importancia del derecho a la vida privada, la cual comienza con el avance de los medios de comunicación social, Rodríguez explica que “[e]ste paralelismo no es casual, ya que en una sociedad tecnificada, con sofisticados sistemas de difusión, ya sean de forma audiovisual o escrita, la persona humana se encuentra más inerme que nunca frente a posibles abusos en la transmisión de informaciones que afectan a su persona”¹²⁴. Sin embargo, “[n]ada más fácil hay para un personaje público corrompido o un negociante sospechoso que tratar de entorpecer las pesquisas de los medios alegando que están interviniendo en sus asuntos privados”¹²⁵. Esto ha sido recogido por alguna Constitución, como la rusa, para la cual “no se puede huzgar ni difundir información sobre la vida privada sin su consentimiento” (artículo 24).

2.1. Recepción de informaciones y autonomía

Una forma peculiar de concomitancia entre información y vida privada es la que se produce entre la recepción de la primera y la autonomía como parte de la

¹²³ MORALES GODD, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 223; en contra, Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 340; José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ. La protección penal del derecho a la intimidad. Op. cit. 347. Del mismo modo, se ha dicho que “no es primordial para resolver este recurso, en contra de lo que los actores creen, la cuestión de si la noticia fue, en este caso, veraz o no, pues la intimidad que la Constitución protege [...], no es menos digna de respecto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas a la vida privada de una persona” [Sentencia del Tribunal Constitucional español 20/1992, rec. por Fernando HERRERO-TEJEDOR. Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Op. cit. p. 64; en esta línea Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 103].

¹²⁴ El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental. Op. cit. p. 365.

¹²⁵ FENBY, Jonhatan. En las fronteras de la vida privada. Op. cit. p. 22.

segunda. Existen varios supuestos en que se presenta esta situación relacional, que si bien no han sido revisados casi nunca, no podemos negar su existencia.

Para que la persona piense y toma las mejores decisiones en su existencia, es necesario que conozca sobre los diversos asuntos que le interesen. Ya decíamos, el mundo de hoy se basa en la información. Entonces, ambos supuestos de derechos más que limitarse entre sí, se complementan.

Esto lo decimos porque “[c]uando se niega información total o parcial, o cuando se manipula la información, se está transgrediendo, además del derecho a la información propiamente dicho, el derecho a la vida privada en tanto que al limitársele la información se le limita la posibilidad de tomar decisiones en la esfera de su reserva personal, tanto en lo que atañe al ámbito de las decisiones políticas, como de las privadas”¹²⁶.

Muchas veces el comunicador en su afán de acaparar la atención del público en pos de una noticia, no tiene otra alternativa que escuchar o leer su mensaje que se le desea transmitir.

Éste es el caso de las transmisiones en cadena -sobre todo imbuida con información oficial-, entendida como ‘o me escuchan a mi, o no escuchan a nadie’. Felizmente, esta propensión se ha visto disminuida por la transmisión a través del cable.

Cuando en las últimas elecciones presidenciales, observamos una actitud sumisa de los canales de televisión de señal abierta frente al gobierno, fuimos testigos de una transmisión en cadena. La intención de ésta era conseguir la tercera reelección del candidato-presidente. Unos días antes de la celebración de la

Primera Vuelta, se producía el mítin de cierre de campaña de los aspirantes a la Presidencia de la República. Como sabemos, dos eran los que poseían las principales posibilidades: Toledo y Fujimori. El primero cerraba su campaña en Qosqo; el segundo, en Lima. El interés del público por ambos era notorio. Sin embargo, la atención de los medios televisivos se centraba sólo en uno de ellos. Al realizarse mítin del candidato opositor, solamente un canal se preocupó en transmitirlo, pero este canal era de cable, razón por la cual sólo lo que lo teníamos pudimos observarlo. El resto del país, no. Sin embargo, el concierto de música tropical previo al mítin del candidato oficialista, ya era transmitido por algunos canales, y al momento que se inició el pseudodiscurso fujimorista, todos, absolutamente todos los canales difundieron el mensaje, inclusive aquellos que tienen contenido diferente al informativo (como el 13 que se dedica a pasar solamente series y telenovelas o el 15 destinado a programación musical).

2.2. Recepción de informaciones e intimidad

Otro caso es cuando agentes publicitarios, o representantes de alguna ideología insisten constantemente en las puertas de los domicilios de las personas para hacer conocer su propuesta, y estas últimas no quieren escucharlos.

Uno tiene derecho a que no se mortifique en su domicilio pero también tiene derecho a tomar una decisión adecuada, y a veces el insistimiento para ‘venderse’ un producto o una doctrina hace las personas se sientan afectados en su intimidad.

2.3. Búsqueda de información y no-revelación de datos personales

¹²⁶ MORALES GODD, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p.

La diligencia y la vehemencia de los periodistas hace que a veces se inmiscuya o insista en demasía en el ámbito privado de las personas para conseguir una noticia.

Y no solamente puede afectarse la no-revelación de datos, sino también se puede llegar a afectar su intimidad. Cuando una persona investiga o busca información, solicitándola a otra persona, también puede inmiscuirse en la vida privada de ésta. A veces es posible que exista un deber de proporcionar la información solicitada (sobretudo en funcionarios públicos), pero otras, esto puede constituir una invasión de los derechos de la persona interrogada¹²⁷.

2.3.1. Procesos judiciales

Existe un interés bastante notorio del público para el conocimiento de la administración de Justicia, lo cual provee a la actividad jurisdiccional de limpieza y transparencia.

No obstante, esta propensión podrá afectar la vida privada de las personas, por lo que se requerirá de un *plus* sobre la mera curiosidad para poder acceder a las resoluciones y procesos judiciales.

En determinadas ocasiones, el legislador ha impuesto ciertos requerimientos para conseguir copias certificadas de los procesos judiciales. El artículo 139 del Código Procesal Civil protege el derecho a la vida privada de las personas de la curiosidad de las personas y el juez podrá denegar el pedido de un tercero de recibir copias certificadas según la materia del proceso.

2.3.2. Las entidades privadas y públicas

¹²⁷ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. La libertad de expresión. Op. cit. pp. 274 y ss.

El acceso a determinadas entidades, ya sean éstas públicas -como el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil- o privadas -como bancos- hace que la información que se brinde al interesado afecte de manera directa el derecho a la vida privada de alguna persona.

Por ello, el propio Ordenamiento ha previsto esta posibilidad y ha impedido claramente que la Administración o los servicios informáticos afecten este derecho de la persona.

Recordemos el artículo 2.5 de la Norma Fundamental, el cual luego de referirse a la posibilidad del acceso a la información administrativa (toda persona puede “solicitar sin expresión de causa la información que requiera y recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido”¹²⁸), agrega inmediatamente que “[s]e exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal”¹²⁹. Conjuntamente con esta norma constitucional aparece otra según la cual “los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar” (artículo 2.6). Si bien en ambas se señala a la intimidad como límite (en el primer caso, sólo personal; en el segundo, personal y familiar), creemos que el legislador ha intentado proteger la no-revelación de datos.

Además, algunas normas de rango infraconstitucional han desarrollado en supuestos específicos los dispositivos constitucionales. Con este fin, encontramos al Decreto Supremo n° 008-92-JUS, Reglamento de la Ley n° 25323, del Sistema Nacional de Archivos, según el cual “[t]odos los documentos que custodian los Archivos integrantes del Sistema Nacional son accesibles al público en general de

¹²⁸ Asimismo, el Principio 3 de la Declaración de Chapultepec, señala que “[l]as autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público” [adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre la Libertad de Expresión celebrada en México D.F., 11 de marzo de 1994].

¹²⁹ A pesar de este enunciado genérico, “información como el historial delictivo, los antecedentes de crédito o la historia laboral deberían estar a disposición de las personas. No queda claro en tales casos cuál es el beneficio que genera la reserva de ese tipo de información distinto a permitir

acuerdo a las normas administrativas vigentes sobre el particular con excepción de aquellos que puedan atentar contra los intereses y la seguridad nacional y a la privacidad o intimidad personal. El procedimiento se establecerá de acuerdo a las normas dadas por el Sistema Nacional de Archivos” (artículo 36); a la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley n° 26497, la misma que señala que “[s]on funciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, garantizar la privacidad de los datos relativos a las personas que son materia de inscripción” (artículo 7.k); y, a la Ley General de Salud, Ley n° 26842, para la cual “[t]oda información en materia de salud que las entidades del Sector Público tengan en su poder es de dominio público. Queda exceptuado la información que pueda afectar la intimidad personal y familiar o la imagen propia, la seguridad nacional y las relaciones exteriores, así como aquélla que se refiere a aspectos protegidos por las normas de propiedad industrial de conformidad con la ley de la materia” (artículo 120).

Y esto se da así porque “el sistema informatizado sustituye el soporte tradicional del dato y acelera su uso [...]; simultáneamente, provoca riesgos, inocultables respecto a la regularidad de su uso”¹³⁰. Es por ello que ni bien reconocido internacionalmente este acceso a la información se debió delimitarse “el derecho de las personas a reservar para sí ciertos actos, hechos, acontecimientos, datos que corresponden a su vida privada y que no deben ser puestos en conocimiento de la colectividad”¹³¹.

En el Ordenamiento se ha considerado la existencia de un delito denominado de uso indebido de archivo de datos, el cual se encuentra especialmente referido a la tutela de los datos sensibles.

Según Peña Cabrera existen cinco formas de consumación de este delito¹³²: manipulación de datos (introducir información errónea o falsa), destrucción de datos total o parcialmente, hurto de software (copiar un programa sin

una representación inexacta de la imagen de la persona, lo que induce a que se cometan errores al juzgarse sus cualidades y capacidades” [BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. No se lo digas a nadie. Op. cit. p. 178].

¹³⁰ ZANNONI, Eduardo A. y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 101.

¹³¹ MORALES GODD, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 93.

autorización), espionaje (obtener datos no autorizados) y sabotaje (dañar el funcionamiento del sistema de procesamiento de datos).

Para el artículo 157 del Código Penal se considerará responsable a quien “indebidamente, organiza, proporciona o emplea cualquier archivo que tenga datos referentes a las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas”. Así se evita que la persona pueda ser objeto de discriminación, persecución, y distorsión de su identidad.

2.3.2.1. Informes personales

Uno de los aspectos de protección más fuertes es el referido a los informes personales, aquellos que contienen características de la persona.

Es por este motivo que se ha llegado a proteger a los menores respecto a la divulgación de los informes personales de los que estuvieran a cargo de la Administración, más aún si tomamos en cuenta la delicadeza de trato que merecen los menores por su situación particular en la sociedad.

A esta conclusión llega la Corte Europea, tomando como base el fin legítimo de la revelación y la afectación que existiría del carácter confidencial de las informaciones: frente a esta divulgación de informes personales relacionados con la vida de los menores que estaban a cargo de la Administración, hubo de decidirse, considerando que el carácter confidencial de los documentos contribuye a la buena marcha de la asistencia infantil, protegerse la no-divulgación de estos datos¹³³.

¹³² Tratado de Derecho Penal. Op. cit. t. I, p. 506.

¹³³ Caso Gaskin, del 07 de julio de 1989, rec. por Jordi BONET. El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 283.

2.3.2.2. Datos sensibles

Pero donde más nos debemos preocupar por evitar la afectación de nuestra vida privada es respecto a los datos sensibles. Estos datos hacen que se identifique la parte más interior de la persona (opciones religiosas, políticas, raciales, sexuales, o de cualquier otra índole).

Un caso preocupante respecto a este tema fue el Censo de 1993, el mismo que fue muy criticado por algunos detractores puesto que realizaban preguntas sobre estos datos, como a qué religión pertenecían.

Algo similar ocurrió en el Derecho Comparado con una ley que buscaba la revelación estadística de muestreo de los viajes de descanso y vacaciones que los ciudadanos alemanes realizaran. Pero para el Tribunal Constitucional, considerando el carácter de anónimo del cuestionario, no se afectaba lo que ellos denominaban el *innerste intimbereich* de los entrevistados¹³⁴. A diferencia del caso anterior, en éste se protegía la identidad de las personas, razón por la cual coincidimos con la decisión germana.

2.4. Búsqueda de informaciones y autodeterminación informativa

Uno de los temas de mayor importancia en el mundo de hoy está referido a la posibilidad de relación existente entre el acceso a la información y la autodeterminación informativa.

Para controlar esta relación, nuestro Ordenamiento ha provisto a la población de una herramienta especial, como lo es el Hábeas Data, la cual busca la protección

del acceso a datos de la Administración (artículo 2.5) así como que no se afecten derechos personales a través de los servicios informáticos (artículo 2.6). Entonces, a través del Habeas Data, una persona puede conocer, actualizar, rectificar y suprimir datos o registros respecto a él que estén en bancos de datos, públicos o privados y con posibilidades de divulgación, o exigir la confidencialidad respecto a ellos¹³⁵.

Con una computadora es muy sencillo recopilar datos aislados sobre una persona, que vistos de manera total pueden denotar el comportamiento de dicho ser. Alguien puede estar interesado en recolectar todas las 'huellas'¹³⁶ que cada persona va dejando con sus actos (compras con tarjeta de crédito, pagos a Sunat, viajes al exterior del país, declaraciones juradas, desembolsos en las entidades públicas,): *inferential relational retrieval*. Ese alguien podría no ser solamente el Estado¹³⁷ sino también, y actualmente muy de moda, las Centrales de Riesgo (o *Credit Report*).

¹³⁴ Decisión *Mikrozensusentscheidung*, del 16 de julio de 1969, rec. por Juan ESPINOZA ESPINOZA. La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la informática I. Op. cit. p. 56.

¹³⁵ Para entender mejor la normatividad nacional, repasemos lo que sucede en el Constitucionalismo Comparado. En general, se protegen los datos en las Constituciones de Kazakstán en su artículo 18 (secretos), de Georgia en su artículo 20.1 (papeles personales) y de Hungría en su artículo 59.1 (papeles, recuerdos, datos y secretos). En nuestro artículo 2.6 se señala que los servicios informáticos no pueden afectar al intimidad personal y familiar. En una dirección similar, se encuentra el artículo 35.2 de la Constitución de Portugal ("no se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada"). En otras oportunidades se ha ido más lejos y se encuentran salvedades a estos casos: cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos (artículo 35.2 de la Constitución de Portugal). Sin embargo, lo que es el control sobre la información para que no afecte a la persona: Constituciones de Armenia, artículo 20 (prohibición de recolección, mantenimiento, uso y diseminación de información ilegalmente obtenida sobre la vida privada y familiar de una persona), Croacia, artículos 37.1 (seguridad y secreto de datos personales; sin el consentimiento de la persona pueden coleccionarse los datos interesados, personales, pueden procesarse, y sólo pueden usarse bajo condiciones especificadas por la ley), 37.2 (protección de datos y vigilancia del trabajo de sistemas de información en la República se regula por la ley) y 37.3 (el uso de datos personales se prohíbe contrariamente al propósito de su colección), Colombia, artículos 15.a (conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas) y 15.b (en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías c consagradas en la Constitución), Rusia, artículo 24 (acceder a todo documento y material que directamente afecta a sus derechos; tampoco se puede difundir información que afecte vida privada de las personas) y Portugal, artículo 35.1 (tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones y exigir la rectificación de los datos, así como su actualización).

¹³⁶ O 'huellas electrónicas', según BAUZÁ REILLY [Las libertades y la información. Op. cit. p. 91].

La protección de datos debe realizarse a través de una legislación que recoja principios básicos¹³⁸: justificación social, limitación de recolección (ciertos datos deben prohibirse), calidad o fidelidad de información (no debe producirse falsa imagen de la persona con datos errados), especificación del propósito o finalidad, confidencialidad, salvaguarda de seguridad, política de apertura, limitación en el tiempo, control y participación individual (incluye varios derechos de la persona; esto es, la autodeterminación informativa, obtener información de la entidad que se tienen sobre uno, ser informado dentro de un tiempo razonable, en caso contrario, ser informado de las razones por lo que ello sucede, oponerse cuando se crea necesario, si su oposición prospera, los datos deben ser suprimidos, rectificadas o completados).

Por eso, para Landa Arroyo con el Hábeas Data se cumplirían cuatro objetivos¹³⁹: acceder, rectificar actualizar y excluir información. A partir de estos principios, en la Legislación Comparada, se ha buscado una forma de que la calidad de estos datos se mantenga incólumen gracias a la autodeterminación informativa: “1. Sólo se podrán recoger datos de carácter personal para su tratamiento automatizado, así como someterlos a dichos tratamiento, cuando tales datos sean adecuados, pertinentes o no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido. En su clasificación sólo podrán utilizarse criterios que no se presten a prácticas ilícitas; 2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos; 3. Dichos datos serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado; 4. Si los datos de carácter personal registrados resultarán ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los

¹³⁷ Así, “the most widespread fear about computerization has been that it would lead inevitably to government collection and consolidation of detailed and personal information about people, and that the information be used to control peoples’ benefits and opportunities, particularly their exercise of constitutional rights” [WESTIN, Aln F. *Civil Liberties in the Technology Age*. Op. cit. p. 60].

¹³⁸ BAUZÁ REILLY, Marcelo. Las libertades y la información. Op. cit. p. 96 y ss.; en sentido semejante, BATTO, cit. por Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. pp. 236 y ss.; Juan ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la información II. Op. cit. p. 107.

¹³⁹ Los procesos constitucionales en la Constitución peruana de 1993. Op. cit. p. 29.

Además, para CARRACOSA LÓPEZ, este tratamiento automatizado de datos es necesario para la represión de infracciones penales y la prevención de peligros reales de seguridad [La correcta garantía del derecho a la intimidad. En: RIPOL I CARULLA, Santiago (coord.) *La protección de los datos personales. Regulación nacional e internacional de la seguridad informática*. Cataluña: Generalitat de Catalunya. p. 101].

Para PADILLA, en este mecanismo constitucional además de protegerse a la vida privada, se ampara “asimismo otros derechos, pues evidente que los de estudiar, trabajar, comerciar, ... son también beneficiarios de la garantía de la acción de hábeas data [Fuentes constitucionales del derecho a la intimidad. Op. cit. p. 91].

correspondientes datos rectificadas o completados [...]; 5. Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados y registrados; 6. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un periodo superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados. Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos sus valores históricos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos; 6. Serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso por parte del afectado; 7. Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos”¹⁴⁰.

Cuando se dio la Constitución de 1993, este proceso constitucional protegía directamente el derecho a la vida privada y al honor pero luego se hizo una reforma constitucional, por lo que sólo se había de proteger los derechos contemplados en los artículos 2.5 y 2.6.

Además, para desarrollar esta nueva Acción, se promulgó la Ley n° 26301, la misma que expresaba que el juez competente era el Especializado en lo civil de turno de la localidad. Pero la ley iba más allá y señalaba una vía previa, la cual no era específicamente la rectificación sino más bien la existencia de un requerimiento por conducto notarial con una antelación no menor de quince días. Básicamente discrepamos con la ley. No debe existir vía previa, y el juez competente habría de ser el juez de Derecho Público.

Encontramos ilustrativas dos Jurisprudencias sobre tema. La primera desarrolla mejor el tema, pero lástima que no sea peruana; la segunda, la nacional, es más directa, aunque igualmente interesante.

¹⁴⁰ Artículo 4 de la Ley Orgánica española 5/1992.

Al figurar Francisco Argüelles como deudor moroso del Banco de Bogotá en la Central de Información de la Asociación Bancaria de Colombia por razón de un crédito respaldado con un pagaré, el cual vencía inicialmente el 14 de julio de 1981 y prorrogado hasta el 14 de noviembre de 1981 y que por sentencia debidamente ejecutoriada fue declarada prescrita en 1987, personalmente y por intermedio de apoderado, solicitó a la Asociación Bancaria que lo retirara de la lista de deudores morosos, pedido realizado el 08 de noviembre de 1988 así como el 18 de junio de 1991 y que fuera negado rotundamente mediante Oficio n° 004407 del 26 de junio de 1991). Por ello, esta persona pidió judicialmente que se lleva a cabo este retiro y que se actualice y rectifique la información que sobre él existe en el banco de datos de la Asociación Bancaria (además, solicitaba indemnizar por el daño emergente ocasionado). Ante esto, el juzgador, basándose en que “no sólo no existe otro medio de defensa judicial, por las razones expuestas en su oportunidad, sino que además se ha vulnerado la intimidad, la libertad personal y la dignidad del peticionario mediante el abuso de la tecnología informática y del derecho de y a la información”, decidió ordenar “la inmediata cancelación del nombre del peticionario [...] de la lista de deudores morosos de la Central de Información, organizada y administrada bajo la responsabilidad de la Asociación Bancaria de Colombia”¹⁴¹.

Pero también los nacionales se han pronunciado sobre el tema. La asociación civil Labor planteó un Hábeas Data contra el Director General de Minería para que proporcione información referente a los estudios de impacto ambiental presentados por la empresa *Southern Peru Cooper Corporation* para el establecimiento de una planta de ácido sulfúrico en el caso urbano del puerto de Ilo. El juzgador consideró fundado el pedido puesto que por ser un asunto de interés general¹⁴², en este caso no se está afectando la vida privada de la empresa (“no corresponde ni a la Procuraduría Pública mencionada, ni a la Dirección General de Minería, calificar la solicitud de información requerida por la emplazante, como atentatoria de la seguridad y reserva de una empresa privada,

¹⁴¹ Sentencia T-414, del 16 de junio de 1992, Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional colombiana, Caso Francisco Gabriel Argüelles Norambuena.

¹⁴² Según el artículo del Decreto Legislativo 603, Código del Medio Ambiente, dispone que los estudios de impacto ambiental se encuentran a disposición del público en general.

sin que semejante calificación tenga el fundamento legal requerido”¹⁴³. Para Puccinelli, este fallo “es uno de aquellos que, sin sobreabundancias inútiles y con una sobriedad no muy común, van al punto central del problema y lo resuelven con calidad y precisión”¹⁴⁴.

2.5. Difusión de informaciones a través de medios privados y vida privada en general

El conocimiento de algún tipo de información sobre personas que es manejado por particulares, puede causar entre ellos una cierta situación de tensión. Por eso, el Ordenamiento ha sido muy claro: quien posee información acerca de otro, por alguna circunstancia especial, debe controlar su difusión.

Este problema puede suceder, por ejemplo, en el caso de revelación de hechos de la vida privada por parte de un dependiente o de un confidente. Por ello, el Código Penal ha previsto el delito de violación del secreto profesional¹⁴⁵, el cual protege la reserva, y se centra en la discreción en el manejo de ciertas informaciones que, determinados profesionales en el desempeño de sus funciones, reciben de sus clientes, pacientes o personas en general.

2.6. Difusión de informaciones a través de medios periodísticas y vida privada en general

Lo que se intenta controlar de la difusión de información es la afectación por parte del titular del derecho de quien posee la vida privada. Pero, como ya dijimos, solamente se podrá perjudicar este derecho de respeto propio cuando la información es verdadera.

¹⁴³ Expediente 263/96, Resolución n° 474, Sentencia de la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 17 de junio de 1996, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. pp. 179 y 180.

¹⁴⁴ Tipos y subtipos de Hábeas Data en el Derecho Constitucional Latinoamericano, con especial referencia al caso peruano. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial. Lima, año III, n° 6 (1997), p. 37.

En principio, existirá entonces responsabilidad del informante, si se “atenta sin razón y gravemente contra el interés de otra persona que sus asuntos no sean conocidos por otros”¹⁴⁶.

2.6.1. Respetando nuestra residencia

A veces no sólo se ha preocupado el Derecho de proteger los ámbitos internos de un domicilio, sino también su frontis.

Frente a una publicidad donde aparecía un nuevo modelo de automóvil, con su fotografía ante la fachada de un domicilio sin la autorización de quien la ocupaba, el juzgador señaló que “la ley tutela el ámbito doméstico y el recinto donde la persona vive contra toda lesión, molestia o disgusto para la paz y tranquilidad personal o familiar del sujeto”¹⁴⁷.

Pero, si la afectación va más allá, y se ingresa a un domicilio, sin consentimiento de sus propietarios, y también para realizar una publicidad, ahora dentro de una finca, el juzgador ha sido aún más claro: basándose en el “avasallamiento que implicó la intromisión del equipo filmico, que ni siquiera se detuvo en el respeto por el interior de la casa principal”, sentenció que se “debió herir las legítimas susceptibilidades de los accionantes”¹⁴⁸. Parece clara la afectación, más aún si tomamos en cuenta el fin con el que se realizó el perjuicio.

¹⁴⁵ Artículo 165 del Código Penal: Será reprimido con pena privativa de la libertad a “el que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado”.

¹⁴⁶ INSTITUTO AMERICANO DE DERECHO. *Restatement of the law torts*, cit. por Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 42; Eduardo NOVDA MONREAL. Derecho a la vida privada y libertad de información. Op. cit. p. 32.

¹⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema argentina, Caso Roberto Mieres c/ Safrar, del 20 de septiembre de 1977, rec. por Isidoro H. GOLDENBERG. Responsabilidad civil derivada de la lesión del derecho a la intimidad. Op. cit. p. 393.

¹⁴⁸ Sentencia de la Corte Nacional Civil argentina, Sala B, del 30 de junio de 1986, Caso Andrés D. Weil c/ Sevel Arg. S.A. y otras, rec. por Isidoro GOLDENBERG. La responsabilidad civil derivada de la lesión del derecho a la intimidad. Op. cit. p. 395.

Por otro lado, la persona que se encuentra recluida en una prisión¹⁴⁹ así como quienes la visitan¹⁵⁰ también tienen derecho a la vida privada. Estar en un centro de reclusión, no significa haber perdido este derecho.

Por ello, apunta nuestra legislación que, tal como señaláramos *supra*, deben realizarse las comunicaciones dentro de los centros “respetando la intimidad y privacidad del interno y sus interlocutores”¹⁵¹.

2.6.2. Revelando nuestro interior

En algunas oportunidades, los periodistas se jactan de involucrarse de tal manera en la persona que logra revelar datos no divulgables de ella. La autolimitación entre vida privada e información es más que evidente.

2.6.2.1. La publicación de una carta

En una Jurisprudencia Nacional, se ha tratado de prohibir la publicación de una carta que iba afectar la vida privada de una persona. Sin embargo, el juzgador sigue moviéndose en los cánones de la imposibilidad del control previo.

A través del semanario *Nor Oriente*¹⁵², según el demandante se le había “amenazado con publicar una carta en la que presuntamente se vulneraría el

¹⁴⁹ “A la situación de desnudez del recluso, viene a agregarse otro elemento significativo como es que, en tal situación, aquél se halle obligado a practicar varias flexiones, lo que acrecienta la quiebra de la intimidad corporal que la misma situación de desnudez provoca, al exhibir o exponer el cuerpo en movimiento” [Sentencia del Tribunal Constitucional español 57/1994, rec. por Fernando HERRERO-TEJEDOR. Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Op. cit. p. 45].

¹⁵⁰ La revisión íntima -incluyendo la vaginal-, de dos familiares de un recluso (esposa e hija de 14 años), dispuesta por el Servicio Penitenciario Federal, “constituían una invasión al derecho de intimidad de toda persona” [Disidencia del doctor Fayt en el Caso María Arena de Lorenzo, Sentencia de la Corte Suprema argentina, del 21 de noviembre de 1989, rec. por Isidoro H. GOLDENBERG. Responsabilidad civil derivada de la lesión del derecho a la intimidad. Op. cit. pp. 397 y 398 (la resolución final señala que “son legítimas las medidas fuertemente limitativas de la libertad individual cuando aquéllas tienden a preservar un interés estatal vital, como lo es la preservación de la integridad física de los internos en una unidad penitenciaria, y no parecen existir vías alternativas menos restrictivas para satisfacer dicho interés estatal”)].

¹⁵¹ Artículo 37 del Código de Ejecución Penal.

¹⁵² Ediciones 696 y 700, del 10 de septiembre y 08 de octubre de 1995.

derecho a la intimidad personal”, razón por la cual se había recurrido a un Hábeas Data para evitar que se esfume su vida privada. Según el Tribunal Constitucional, este proceso constitucional “no tiene por objeto el de constituir un mecanismo procesal a través del cual pueda desvirtuarse o vaciarse de contenido al ejercicio de las libertades informativas”, y no constituía el medio idóneo de protección de la vida privada, declarándose improcedente el pedido¹⁵³. Aunque sabemos que esta Acción de Garantía actualmente no puede proteger la vida privada, en su sentido original sí lo podía hacer (antes de la modificatoria constitucional de su contenido), razón por la cual consideramos errado la salida del juzgador. Es más, si el caso se presentara en la actualidad, consideraríamos adecuada la protección a través de un Amparo, un motivo más para discrepar abiertamente con la abstención que señala el juzgador respecto a la protección de la vida privada. Si desprotegemos de tal manera un derecho como éste (no se podría ni controlar la emisión de una carta personal), entonces sería mejor que no existiese en el Ordenamiento.

2.6.2.2. Centrándonos en los datos sensibles

Tal como ya hemos afirmado, los datos más recónditos de la persona deben ser parte constituyente de la vida privada, en un supuesto de hecho específico: la no-revelación de datos personales. Pues si se nos obliga a declarar, por ejemplo, qué tipo de culto profesamos, tenemos claramente una afectación a la vida privada, además del derecho a las creencias, lógicamente.

En esta dirección, va una sentencia de Jurisprudencia Comparada, en la cual se dejó sin efecto una resolución de la Dirección Nacional de Migraciones, confirmada por el Ministerio del Interior, por denegar la radicación definitiva de una persona extranjera en el país, por haber declarado su pertenencia de los Testigos de Jehová. Para dicha resolución, la seguridad nacional nada tiene que ver con la vida privada de las personas, razón por la cual los datos sensibles de la personas se incluyen dentro de la protección de ésta¹⁵⁴.

¹⁵³ Sentencia del 02 de abril de 1998, Expediente 666-96-HD/TC, Caso Luis Antonio Távora Martín c/ Segundo Alejandro Carrascal Carrasco, rec. por El Peruano, 08 de julio de 1998, pp. 925 y 926.

¹⁵⁴ Sentencia de la Corte Suprema argentina del 26 de junio de 1980, Caso Sergio Carrizo Coito c/ Dirección Nacional de Migraciones, rec. por Isidoro H. GOLDENBERG. La responsabilidad civil derivada de la lesión del derecho a la intimidad. Op. cit. pp. 396 y 397.

Dos cuestiones adicionales al tema de fondo de esta sentencia, con la cual concordamos plenamente. La primera es frente a quién se trata de exigir un derecho fundamental, ya que según se puede ver el proceso se inicia contra la Dirección Nacional de Migraciones por el dictamen realizado. En el ámbito nacional, esto encajaría en lo que nos presenta el Amparo en el artículo 200.2: procede contra el hecho por parte de cualquier autoridad, eso sí, debemos confiar en que esta resolución sea considerada como un hecho y no como un acto, pero si bien en el sentido lato de los términos, no son coincidentes, para los efectos prácticos sí los podríamos considerar como tal, ya que en caso contrario se desprotegería, de gran manera, el derecho de las personas, más aún si el propio artículo constitucional concede la posibilidad del Amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento irregular (interpretación *contrario sensu*).

La segunda cuestión que nos interesa se refiere al análisis de la diferencia entre la protección de los derechos a la vida privada y a las creencias. A través del primero, se ampara todo dato que pueda constituir una forma de atentar contra la espiritualidad de la persona, en tanto ser libre y pensante; por el segundo, la imposibilidad de hacer pública un asunto relativo a su religión. De este modo, si bien en ambos casos se salvaguarda la posibilidad de hacerse notoria una convicción personal, cada uno lo protege desde distintas ópticas y por diversos intereses.

2.6.2.3. Descubriendo confidencias

Una de las partes más propias de las personas se ha de dar definitivamente cuando uno asume la responsabilidad de que otros manejen las informaciones que se tratan de cuidar del dominio público.

Por consiguiente, la Jurisprudencia tampoco ha sido ajena en este tema. No obstante, ser Comparada, nos servirá de mucho para saber cómo se han enfrentado, en otras latitudes, a estos acontecimientos.

En 1972, dentro de un proceso penal, se incautó en un consultorio la historia clínica de una persona, la misma que fue puesta al descubierto. Frente a este hecho, el juzgador apelando a tres considerandos (el reconocimiento del carácter relativo de la tutela de la vida privada, la existencia o no de un interés público y la proporcionalidad entre éste y la lesión ocasionada), señaló que dicha revelación afectaba claramente un derecho fundamental¹⁵⁵. Desde nuestro modesto punto de vista, el principal punto a analizar debió ser la necesidad o no de dicha divulgación, aunque creemos que se hubiese llegado a una respuesta similar.

Sobre este tema, nos parece acertado recordar un caso que recientemente ha sucedido en el país. Se trata de una broma realizada a través de un medio de comunicación social (broma decimos porque, lógicamente esa era la idea inicial, aunque dudamos de su calificación como tal) que puede afectar la vida privada de una persona.

Nos mostramos preocupados por la emisión de un programa radial en el que se ha podido cometer un gran exceso comunicativo. Consideramos, tal como lo hemos dejado sentado a lo largo del trabajo, que el poder de los medios puede ser usado, a veces sin darse cuenta, de manera irresponsable y sin medir las consecuencias. Bueno, contemos de una vez el caso.

En la estación radial Ke Buena! se propala un programa de nombre ¡Ke buena broma!, a través del cual un 'cómplice' se comunica con los conductores para que a una persona que cumple años ese día se le haga un acto jocoso en vivo. Sucede que un día -aproximadamente el 10 de agosto de este año-, se realiza una llamada

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, del 08 de marzo de 1972, y seguida por otra de sus sentencias en 1977 (respecto a un procedimiento de incautación en una organización de apoyo a toxicómanos de datos relativos a los beneficiarios de la misma), rec. por Juan ESPINOZA ESPINOZA. La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la informática I. Op. cit. pp. 56 y 57.

telefónica a un señor, al que se le identificó previamente con sus nombres completos, en la que el 'chacotero' se hace pasar como un sacerdote de la parroquia a la que pertenecía la víctima de la chanza. Al principio, el hombre no creyó que un Padre lo llamase a su casa, pero el otro a través de una buena imitación utilizando una voz españolizada -clásica de los sacerdotes en el Perú-, pero esencialmente aprovechándose de un momento psicológico delicado del sorprendido, logró que cayese en la broma. Ante su habilidad histriónica, al locutor radial no se le ocurrió mejor idea que señalar que iba a realizar una confesión (¿Por radio, padrecito?, Sí, hijo, por radio). Y le empezó a hacer preguntas comenzando por el porqué de su ausencia en la iglesia, a lo cual el otro le contestaba que se encontraba en problemas familiares, siguiendo por saber más sobre dichas dificultades, a lo cual el otro contestaba que eran incompatibilidades con su cónyuge, y culminando con un diálogo, que es, en esencia, la materia de este punto. En este momento, el señor, un hombre que sobrepasaba los cincuenta años, tal como él mismo señaló, ya se encontraba verdaderamente atrapado por la pesada chacota realizada, tanto así que si no fuera por las limitaciones de las emisiones por radio, aunque delatado por su voz, estaríamos seguros que estaba con los ojos rojos, a punto de llorar; estaba ciertamente quebrado, emotivamente hablando. Ante la inquietud de su ocasional interlocutor (y he aquí su principal responsabilidad: cualquiera se hubiese dado cuenta de lo que iba a decir) sobre cuál era el origen de dicho alejamiento matrimonial, primero el sujeto se negó a contestar, pero el otro continuaba, ¿Por otra mujer?, el sorprendido se seguía haciendo el fuerte, pero la insistencia fue mayor, ante lo cual ya no pudo más y dijo, eso sí, con un nudo en la garganta, Sí, padrecito; tengo otra mujer, y agregó de inmediato, Pero estoy arrepentido, En serio, ¿Estás seguro?, ¿Tienes una amante? y el afectado, seguro de estar ante una confesión sacerdotal, y buscando el perdón de Dios, insistía, Sí, pero estoy arrepentido. Era inevitable, ya no había vuelta que darle al tema: todos los oyentes de la radio se habían dado cuenta de que una persona le sacaba la vuelta a su esposa, y lo había confesado, sin saber, públicamente. El de la radio, seguía con su insana curiosidad, para que finalmente le dijese al delatado, ¿Sabes, qué?, ¿Qué, padrecito?, y se escucha un grupo de voces grabadas, que gritan ¡Sorpresa! Acto seguido, se colgó el teléfono.

Aunque no podemos negar la inocencia de este hombre, al suponer la posibilidad de esta 'confesión radial', hemos podido observar cómo la carestía de competencia

y juicio de los que comunicadores sociales hacen que la actividad de los medios de comunicación social se conviertan, muchas veces, en una disfunción social. Y si bien no existe una violación plena de una confidencia, el afectado lógicamente estaba encomendando sus secretos al supuesto sacerdote, es decir, estaba dejando entrar a la esfera de su vida privada, a un sector muy profundo de su ser a una persona que debió considerarla importante, más aún si sabía que ésta no le iba a contar a nadie sus infidelidades matrimoniales. Aún sin proponérselo, es decir con ausencia de dolo, pero sí con suficiente culpa, el candonguero debería asumir perfectamente una responsabilidad, quizás más civil o constitucional que penal, que puede llevarle a pagar muy caro su broma, una que no solamente ha podido afectar la vida privada de una persona, sino que ha podido destruir una familia entera.

2.6.2.4. Interceptando la plática

Sobre este supuesto, existe un caso muy interesante dentro de la Jurisprudencia Nacional. Se trata de la interceptación telefónica de una llamada tripartita realizada entre Alan García, Jorge del Castillo y Humberto Carranza, tres dirigentes apristas (el primero, ex-presidente, el segundo, diputado y el tercero, senador). El tema de la conversación sí era de interés del público. Pero, ¿cómo podemos encontrar un límite a ello? Este suceso nos permite ver las claras diferencias entre lo público y lo privado.

En septiembre de 1991, el programa de televisión La Revista Dominical realizó un destape referido a la alianza que había conseguido el Apra con Cambio 90 y cierto sector de la izquierda para evitar la acusación constitucional contra Alan García por el supuesto soborno con el BCCI.

El diálogo reproducido a nivel nacional por América Televisión, fue el siguiente:

- Jorge... Jorge... Alan quiere hablar contigo –dijo Carranza.

- Sí, dime ... ¿Aló?
- ¿Jorge? –preguntó García.
- ¿Sí?
- Oye... –empezó Alan– Los compañeros están pensando algo que me parece bueno..., aunque parezca un exceso de Dammert.
- Ya.
- Pero tú sabes que en el BCCI –continuó el ex-presidente– estamos más fácilmente limpios que en cualquier cosa.
- Ya ... Nosotros votamos por eso, pues –seguía contestando el diputado.
- Ya..., pero coordínalo con Cambio.
- Ya.
- Y con los votos de Dammert y los que él pueda mover... Habla con Dammert y Cambio 90.
- Ya –seguía con su monosílaba respuesta Del Castillo– Está bien.
- A mí me parece que el tema sería sensacional... Mañana salgo yo y digo ¡Ha quedado desmontado todo! –concluía García.
- Ya.

El 15 de agosto de 1991, esta conversación realizada desde dos teléfonos celulares, se lograba filtrar de casualidad en un radio rastreador. Finalmente alguien lo entregó a los periodistas y éstos lo hicieron público. El diputado acusó a Lúcar, director del programa de haber afectado su vida privada, denuncia de la cual salió absuelto¹⁵⁶.

Aunque, para Ugaz Sánchez-Moreno, “[l]a Constitución prohíbe la interceptación telefónica, pero no la difusión de la grabación de una conversación, sobre todo cuando se refiere a personajes públicos tratando temas de interés general”¹⁵⁷, creemos que utilizando el apotegma de *ab minoris ad maius*, entonces se podrá comprender que si antes a la divulgación se requiere de la aprehensión de una comunicación, entonces, lo segundo debe estar igualmente prohibido.

Si bien el tema es de interés nacional, la norma constitucional, presentada como una regla en el sentido argumentativo, señala que las comunicaciones sólo pueden

¹⁵⁶ Caso Jorge Del Castillo Gálvez c/ Nicolás Lúcar, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 153 y 154.

¹⁵⁷ Prensa juzgada. Op. cit. p. 154.

ser intervenidas “por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley” (artículo 2.10). Por lo tanto, una interpretación contraria a ello es afectar el sentido constitucional. A nuestro entender, en este caso, Lúcar afectó la vida privada de García, Del Castillo y Carranza, por más atrayente e importante que haya sido la noticia.

Desde nuestro punto de vista, el centro de la discusión debe darse en la procedencia o no de una interceptación, legitimada por autoridad competente, tal como se ha visto de Jurisprudencia Comparada.

Rememorando un famoso precedente estadounidense, nos daremos cuenta la validez de cierto tipo de interceptaciones. Ante la colocación de cables externos a un domicilio para captar las comunicaciones que él salieran vía telefónica, todo ello fue autorizado con la finalidad de prevenir una sospecha de tipo criminal. El Tribunal Supremo, en un discutido dictamen, señaló que sólo es posible proteger la vida privada respecto a las intromisiones de tipo material (como la *actual physical invasion* de la habitación de un ciudadano y búsqueda de cosas tangibles) mas no respecto a las inmateriales, como era la telefónica¹⁵⁸.

Esta sentencia, de hace varios años atrás, nos parece errada desde todo punto de vista. Primero, si bien todo derecho es relativo, y así lo es la vida privada, el contenido accidental del mismo debe centrarse en materias específicas relacionadas con los criterios presentados *supra*, y no guiándose por cuestiones tan genéricas como la materialidad o no de lo que llaman intromisión legítima. Segundo, y según lo señalado, la proporcionalidad, la necesidad y el interés del público son los criterios convenientes para analizar el suceso. Tercero, el juez lo que debe hacer ante un caso concreto como éste, es que si existe una sospecha real de la existencia de un hecho de relevancia social, podrá permitir o restringir la eficacia de la información haciendo un examen *ex-ante* de las consecuencias efectivas de una decisión que se centra en una situación relacional entre derechos fundamentales.

Por este motivo, consideramos mejor encaminada otra decisión de dicho país, según la cual se excluye la admisibilidad de pruebas obtenidas interceptando una conversación telefónica desde una cabina pública¹⁵⁹. En el mismo sentido, se encuentra una sentencia argentina según la cual se reconoce “la eficacia probatoria de la grabación de una conversación telefónica, prevaleciendo de la confianza y la intimidación que vinculaba a las partes, por la ilicitud del medio empleado”¹⁶⁰.

En un caso más actual, la orientación de esta situación relacional se ha complicado demasiado. Tal como hemos repetido, el SIN más que utilizar sus fuerzas en problemas de interés nacional, las ha usado para controlar a los opositores al régimen. Una de las técnicas que ha usado -y lo sigue haciendo- con mayor efectividad e impunidad es la de la interceptación telefónica.

Una congresista y varios periodistas¹⁶¹ interpusieron un Amparo motivado en la interceptación de sus llamadas telefónicas (además se transcribían y registraban las mismas sin mandato de juez alguno), a través del denominado ‘chuponeo’, afectándose entre otros, su derecho a la vida privada (secreto e inviolabilidad de comunicaciones e intimidad)¹⁶². Era señalado como responsable el General de División del Ejército, Julio Salazar Monroe, como Jefe del SIN. Si bien, el juzgador -en este caso, el Tribunal Constitucional- parte de reconocer la actitud positiva del Estado en reconocer a los autores materiales e intelectuales de la afectación a un derecho fundamental, luego cae en el juego del poder, ya que tras señalar la existencia de una vulneración no identifica a los responsables: “de las cintas y

¹⁵⁸ Caso *Olmstead c/ United States*, de 1928, rec. por Juan ESPINOZA ESPINOZA. La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la informática I. Op. cit. p. 59; Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 89, en la que se puede encontrar una famosa disidencia expresada por Louis Brandeis.

¹⁵⁹ Caso *Katz c/ United States*, Sentencia de la Corte Suprema estadounidense, de 1967, rec. por Juan ESPINOZA ESPINOZA. La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la informática I. Op. cit. p. 59.

¹⁶⁰ Caso *Naone*, Sentencia de la Corte Nacional en lo Civil, Sala F, del 24 de mayo de 1977, rec. por Isidoro GOLDENBERG. La responsabilidad civil derivada de la lesión del derecho a la intimidad. Op. cit. p. 397.

¹⁶¹ La congresista: Anel Townsend; los periodistas: Américo Solís, Iván García, Rosana Cueva, Eduardo Guzmán, Mabel Barreto, Ángel Paez, Carla Marcos, Gloria Vecco, Benito Portocarrero, César Hildebrant, Mariella Balbi, Jimmy Torres y Enrique Zileri.

¹⁶² Además, de la integridad y seguridad personales y amenaza a su vida, libertad de trabajo y libertad de expresión.

transcripciones ofrecidas con la demanda se evidenciaban la escucha de comunicaciones en los que participaban los demandantes, no suministraban, sin embargo, indicios objetivos de que éstas hubiesen sido interceptadas por la entidad demandada”, motivo por el cual, “al no haberse logrado identificar al transgresor(es) a los derechos constitucionales invocados” no se puede “expedir una sentencia estimatoria”, siendo por lo tanto improcedente la demanda¹⁶³.

Las pruebas que presentaban los afectados claramente identificaban a los responsables, parte oscura del régimen, pero que por móviles políticos no podían ser condenados. Este motivo ha llevado a que sea criticada con mucha fuerza la resolución del Tribunal Constitucional, otra de las pantallas del fujimorismo, puesto que no sólo se ha impedido proteger derechos fundamentales de las personas sino que ha permitido que no se pueda impedir nuevas vulneraciones a estos y otros derechos. Tal como hemos venido señalando, la vida privada es una de las formas más sublimes en que una persona busca retraerse en un estado de espiritualidad para luego volcarse a la sociedad. Pero si el medio más clásico de comunicación actual, como es el teléfono, no puede contarse como autorizado por estar ‘chuponeado’, ¿cómo se podrá participar activa y correctamente para luchar contra la democracia en el país?

2.6.3. En la política de población

Cuando explicamos la esfera positiva de los derechos de comunicación del discurso, decíamos que uno de los ámbitos en los que se desarrolla es el familiar.

Con respecto a él, señalamos que a partir del artículo 6 de la Constitución, gracias a la expresión, pero básicamente la información, se debería coadyuvar a proponer a la comunidad una correcta campaña de paternidad y maternidad responsables. Sin embargo, esta actividad difusiva debe contar con un límite muy conveniente: la vida privada de las personas. El Estado no debe subrogarse -como

¹⁶³ Caso Ana Elena Luisa Cristina Townsend Diez Canseco y otros c/ Julio Salazar Monroe, Sentencia del Tribunal Constitucional, del 27 de abril de 1998.

de hecho lo estuvo haciendo- en la toma de decisiones por las personas, afectando su autonomía.

Este tema queda muy claro con el Reglamento del Consejo Nacional de Población, según el cual este Consejo tiene como “finalidad proponer la política de población, promover, normar, apoyar, supervisar, coordinar y evaluar las acciones de la política que apruebe el Gobierno, para su ejecución por las entidades del Sector Público y No Público, teniendo en consideración [...] como elemento de derecho de la persona humana, los señalados en el artículo 2 de la Constitución Política, además del derecho a la vida, respeto e intimidad, formación familiar, libre determinación en el número de hijos y a un ambiente que proporcione el bienestar que la familia necesita” (artículo 4.b).

2.6.4. La deferencia por la familia

La integridad y la designación familiar permiten que cada uno de nosotros mantengamos una cierta indemnidad en nuestra vida privada. Pero, ¿qué sucede si a través de una noticia tratan de interferir en este campo personal? Veamos dos casos, que nos servirán para responder a la inquietud.

2.6.4.1. La vida marital

Hemos hecho referencia a la importancia de la familia en el desarrollo del ser humano. Por este motivo, los vínculos existentes entre las personas siempre deben mantenerse por más disquisiciones teóricas existan sobre su validez. Así, si bien una pareja divorciada ya no es, en estricto, parte integrante de una familia, a veces el respeto por la persona con la que uno ha estado casado, puede que sea substancial para la configuración de la vida privada.

Expediente I257-97-AA/TC, rec. por El Peruano, 29 de mayo de 1998, pp. 847 y ss.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional alemán, quien consideró que en un procedimiento como el que buscaba la evaluación disciplinaria de un funcionario público basándose en la utilización de documentos de su proceso de divorcio, sin consentimiento de su ex-esposo, por “el prevaleciente interés de la colectividad, a la luz de un estricto cumplimiento del requisito de la proporcionalidad” debe ser considerado como ilegítimo¹⁶⁴. Muy correcta la decisión.

Además, en el reportaje de la revista *Time* que hiciera sobre el divorcio de dos adinerados, Mary Alice y Russel Firestone, al descubrirse la inexactitud de cierta parte de la noticia, el juzgador consideró que se afectaba la vida privada de los involucrados, ya que si bien podrían ser considerados como figuras con proyección pública, no existe un motivo real para que el público se enteren de dicha controversia¹⁶⁵.

En igual forma cuando se trata de conocer la vida privada de la persona con la que uno va casarse, se está afectando el propio de derecho de ésta.

Así, lo declaró el juzgador cuando autorizó el matrimonio de un policía a quien sus superiores le negaron su permiso para contraer ese acto basándose en informes reservados sobre su futura esposa, al considerarse que un acto como éste violentaba su derecho a la vida privada¹⁶⁶.

También, enterarse si una pareja de famosos eran o no felices en su actividad marital es algo totalmente irrelevante para la colectividad ya que ello sólo importa para la sociedad conyugal. Entonces, si no media un interés real del público por su ‘desarrollo colectivo’, estamos solamente ante una avidez de fisgoneo. Así también lo ha determinado algún juzgador.

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, del 15 de enero de 1970, rec. Juan ESPINOZA ESPINOZA. La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la informática | Op. cit. p. 56.

¹⁶⁵ Precedente estadounidense *Time Inc. c/ Firestone*, rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 33.

¹⁶⁶ Sentencia del Juzgado Federal nº I de Córdoba, rec. por Isidoro GOLDENBERG. La responsabilidad civil derivada de la lesión del derecho a la intimidad. Op. cit. p. 396.

Existe un caso en el que un periódico había que publicado que una pareja de actores no era feliz en su vida matrimonial. Ésta había alegado la intromisión de los periodistas en su vida privada, argumento que también fue asumido por el juzgador, pese a la defensa del diario que alegaba que esta noticia era de interés legítimo del público puesto que las dos personas eran bastante conocidas por la población¹⁶⁷.

2.6.4.2. La condescendencia por el apellido

Pero así como se protege a la persona en sus relaciones maritales, también puede realizarse una salvaguardia al nombre de la familia.

Es común observar campañas en que las empresas revelen nuevos productos, que tengan pegada en sus consumidores. Pero, ¿se ha puesto a pensar que puede ser que una promoción de este tipo pueda caer muy mal a alguna persona, que puede ser uno de nosotros?

En un curioso caso de la Jurisprudencia Comparada, observamos que una persona se sintió afectada en su vida privada puesto que una compañía lanzó al público un muñeco, un personaje de fantasía que se apellidaba como ella (era el 'Dragoncito Chipy'). Muy seguro en su decisión, el juzgador señaló que “la utilización innecesaria por el autor y creador del muñeco de un nombre de familia constituye un entrometimiento arbitrario y malicioso en la vida ajena de la cualquier miembro de la familia Chipy”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Caso Lyman c/ New England Newspaper, 2868 Massachusetts 258-190 NL 542, de 1934, rec. por Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. p. 125.

¹⁶⁸ Caso Aída N Chipy y otras c/ Producciones García Ferré. Sentencia de la Corte Suprema argentina, del 27 de octubre de 1980, rec. por Isidoro H. GOLDENBERG. Responsabilidad civil derivada de la lesión del derecho a la intimidad. Op. cit. p. 394.

2.6.5. Previniendo la afectación

Hemos planteado nuestro parecer respecto a este tema *supra*. Es ahora menester presentar algunos casos que se han trabajado respecto a la censura previa y la vida privada de las personas.

Existe un caso paradigmático respecto a la protección *ex – ante*. En él, se llega a crear la doctrina que, hasta el momento, es la defendida por los organismos internacionales competentes.

El primero de ellos proviene de la Comisión Interamericana. Francisco Martorell publicó en Argentina, un día de 1993, el libro *Impunidad Diplomática* (1993); al día siguiente iba a hacerlo en Chile. Este texto narra las circunstancias que obligaron al embajador argentino Óscar Spinoza a huir del gobierno de Pinochet. Antes de la publicación en el país mapocho, un empresario (Andrónico Luksic Craig) interpuso un Amparo -en Chile, recurso de protección- por señalar que el libro vulneraba su derecho a la vida privada. La Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago dictó una orden de no innovar, prohibiendo temporalmente el ingreso, distribución y circulación del libro, sentencia que fue confirmada en la Suprema del país del sur. El caso fue a la Comisión Interamericana, la misma que señaló que la sentencia nacional vulneraba la imposibilidad de censura previa estipulada en la Convención Americana (artículo 13.4) y debía publicarse el libro estando, eso sí, sujeto a responsabilidades ulteriores. Si bien consideramos interesante el principio del que parte el juzgador internacional (“la Comisión no puede aceptar el punto de vista del gobierno de Chile en el sentido de que el derecho al honor tendría una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión”), finalmente termina, sin argumento razonable desde nuestro punto de vista, sino basándose en un análisis literal de la norma supranacional, evitando la protección previa (“recomendar al Estado de Chile que levante la censura que, en

violación del artículo 13 de la Convención Americana, pese con respecto al libro Impunidad Diplomática”)¹⁶⁹.

Discrepamos con la resolución interamericana puesto que este control previo “se refiere al control que puedan ejercer las autoridades administrativas o políticas, pero no a los mandatos o decisiones judiciales que, en el marco de un debido proceso, estén destinados a la protección de un derecho también fundamental como la intimidad personal y la vida privada, cuando resultan indebida o innecesariamente afectado a través del ejercicio abusivo de expresión e información”¹⁷⁰.

Desde nuestro punto de vista, podría controlarse previamente el contenido de un discurso, si existe un ‘riesgo claro’ de afectación de los derechos de respeto propio.

La imposibilidad del control previo ha buscado ser protegida desde la época de Milton quien siempre criticó la censura del discurso¹⁷¹. Pero la dificultad contemporánea ha sido cómo presentar este impedimento al Estado de manera correcta.

Según la *Clear and Present Danger Doctrine*, creada por Holmes, se debe analizar la proximidad y el grado del discurso respecto a dicha afectación¹⁷². Por eso, se debe tomar como criterio básico para controlar la expresión e información, aquellos discursos que conllevan un riesgo inminente de causar un comportamiento materialmente violento y dañino, y que no pueden ser contrarrestadas a tiempo con más expresión, con discusión o debate.

¹⁶⁹ Informe nº 11/96, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Martorell.

¹⁷⁰ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. p. 73.

¹⁷¹ Aeropagítica, cit. por Modesto SAAVEDRA LÓPEZ. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Op. cit. p. 59.

¹⁷² La creación del juez norteamericano se da a través de dos precedentes de 1929: casos Schenk c/ United States (249 US 47) y Debbs c/ United States (249 US 211), rec. por Eduardo A. ZANNONI y Beatriz BÍSCARD. Responsabilidad de los medios de prensa. Buenos Aires: Astreas, 1993. p. 153. Es seguido también por Laurent TRIBE. *American Constitutional Law*, cit. por Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ. La libertad de expresión. Op. cit. p. 36.

Asumiendo esta premisa básica del riesgo, la cuestión se traslada a otra inquietud: ¿cómo determinar dicho peligro claro e presente?. Para ello debemos recurrir a un análisis económico de la posibilidad de ‘prevenir antes que lamentar’.

Posner, tomando como base el *Diction* de Hand¹⁷³, propone un cambio a éste, aunque más que cambio es un perfeccionamiento y una complementación. Únicamente (si y sólo si) se podrá controlar previamente un discurso si es que $[V+E] < [(P \cdot L)/(1+i)^n]$. En esta fórmula, V es el valor de la pérdida social derivada de la restricción o proscripción de un discurso; E, el valor del error legal (o judicial) que se puede cometer cuando no se tiene éxito en distinguir el discurso no valioso; P, probabilidad a suprimirse cause daño; L, coste social total del daño; i, un tipo de interés que descuenta en términos actuales una unidad monetaria de daño producido por el autor; y, n, número de unidades temporales que median entre el discurso y el daño.

Un examen adecuado de esta propuesta nos debe llevar al estudio separado de los componentes de la propuesta de Posner¹⁷⁴:

(a) ‘V’

Lo primero que analizaremos son los costes de supresión, definitivamente el punto más sólido del trabajo. Éste depende de tres aspectos: de la naturaleza del discurso suprimido, el valor del discurso suprimido y la cantidad afectada por el discurso suprimido (que a su vez depende de la naturaleza y objeto de la prohibición de emisión, y la robustez del mercado).

¹⁷³ El análisis debe centrarse en “si la gravedad del ‘mal’ descontada por su improbabilidad, justifica a la interferencia en la libre expresión que resulte precisa para el evitar el peligro” [Sentencia *Dennis c/ United States*, 341 U.S. 494 (1951), rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 33], representada en la fórmula $B < P \cdot L$, en donde B es el coste de restringir el ámbito del derecho, incluyendo la pérdida de información valiosa que se puede dar; P, es la probabilidad de que la expresión que se suprimiría cause daño; y, L, el coste social total del daño. Se critica a esta posición que es indeterminada: depende demasiado del clima de excitación política o social del momento.

A partir de la naturaleza y valor del discurso suprimido así como de la cantidad afectada, debemos analizar la forma en el que cada discurso debe ser protegido. Desde esta perspectiva, parecería que un político recibiría una protección mayor que un particular; sin embargo, es muy difícil demarcarlo y tampoco queda claro que sea este criterio más importante que el económico. En segundo lugar, aparecería la llamada 'información en sentido amplio' (artística, técnica, escolar, artística y comercial) frente a una presumible más fuerte como es la política¹⁷⁵, lo cual no siempre será más fundamental que ellas. Además existe un discurso que posee valor cero, cual es el que sólo expresa intenciones de quien lo formula y que ha sido prohibida por el mercado. Esta clasificación y categorización, por ende, deja muchas dudas, y debe ser complementada por los siguientes.

Tomando en cuenta la naturaleza y objeto de la protección de los derechos fundamentales, la solución óptima en este caso sería a través de una salvaguarda *ex - post*, aunque no siempre. Se debe decir que un control previo será preferible si el daño potencial es tan elevado que lo esperable es que su causante no esté en condiciones de indemnizarlo. Además debemos analizar la posibilidad de que el daño sea irreparable para el afectado.

Según la robustez del mercado, se debe observar la posible respuesta ante el control del discurso. Estamos frente a la elasticidad de la oferta y la demanda, referida sobre todo a la comunicación del discurso. En los mercados en que más fácilmente puede hacerse de los beneficios de la información, una regulación que la grave no les perjudicará mucho en comparación con el caso de que el productor robusto con una demanda inicial más favorable para su producto encaja mejor en la sociedad aunque también pierda algo. Un ejemplo de este último lo encontramos en el discurso científico, en los que el beneficio revierte casi íntegramente en la colectividad; de aquéllo, en la publicidad comercial, cuyos resultados los va a obtener el empresario que difunde su producto.

¹⁷⁴ El planteamiento que se presenta a continuación puede encontrarse en Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 33 y ss. Si bien se encuentra destinado a analizar el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, lo hemos de trabajar como parte de la posibilidad del juzgador de impedir la publicación de una información o de una expresión.

¹⁷⁵ En algunos casos se ha restringido a ciertos ámbitos esta imposibilidad de control previo como el político o el ideológico, tal como sucede en las Constituciones de Angola, artículo 35 o de Brasil, artículo 220.2.

Por su parte, el discurso político se ve afectado por tres variables: Si un grupo de intereses sabe que un programa económico del gobierno le va a favorecer tiene los suficientes estímulos para propagar las bondades de éste; sin embargo, los costes de este programa va a ser pagado por toda la población. En segundo lugar, no debe encarecerse un discurso político, puesto que el valor privado de acceder a informaciones para votar correctamente es bastante bajo. Por último, es algo que no beneficia a quien primero lo difunde al ser un bien público por antonomasia.

Solamente referido al primer supuesto, las víctimas -el público- tienen un interés muy escaso en el tema pues el beneficio individual derivado de unirse para oponerse a su éxito, caso de tenerlo es reducido. Aquí podemos ver la importancia de los medios de comunicación social en subrogarse en el lugar de estos afectados.

(b) 'E'

Un segundo tema de análisis está referido a los costes del error legal. Existe mucha posibilidad de error legal tomando en cuenta la parcialidad de los que tomen la decisión; sobre todo si observamos que en el Perú el Poder Judicial se encuentra sometido al gobierno (y casi siempre lo ha estado). Además debemos tomar en cuenta los sesgos sociales, culturales y gremiales de los juzgadores, y la dificultad de evaluar los costes y beneficios de ideas mediante un procedimiento previo por parte del juzgador.

(c) $P \cdot L / (1+i)^n$

El tercer y último aspecto del análisis nos lleva a revisar los beneficios de la supresión. No sólo considera el riesgo claro e inminente, tal como lo había hecho el juez Holmes, ya que la lejanía en el tiempo hace que se vuelva improbable su materialización, básicamente porque otro discurso puede neutralizarlo o porque pueden desmaterializarlo factores distintos. Debemos encontrar aquí el beneficio del control previo: evitar¹⁷⁶ una acción que afecta la integridad del Estado y la Constitución.

Pero debe hacerse algunas críticas a este planteamiento, y salir fortalecido como objeto idóneo para la protección preventiva.

Pese a la fortaleza de este planteamiento, para Salvador Coderch existe un punto débil en que sigue cayendo: los cambios políticos son muy difíciles de prever, y por lo tanto no deja de ser riesgoso cualquier tipo de control previo del discurso¹⁷⁷.

Entonces, como consecuencia de este planteamiento y dentro de un Poder Judicial adecuado, podría ser cómodo y estar acorde con las doctrinas constitucionales modernas, un control del discurso de manera previa. Éste buscará únicamente prohibir que el daño que produciría el discurso a derechos como el honor y vida privada, se impidan pues una solución de este tipo es socialmente relevante y eficiente económicamente hablando.

2.6.6. Transmisiones en vivo

Un gran problema existente en el mundo actual (un buen caso nacional lo encontramos en El Sexto de la década pasada) es el de la transmisión en vivo.

Básicamente en este supuesto, según Zannoni y Biscaro, no se percibe un interés público en la noticia tal como está siendo divulgada pero sí da muchos beneficios económicos que en muchas oportunidades puede aumentar el peligro de las víctimas y dificultar labor de los policías¹⁷⁸.

¹⁷⁶ El término 'evitar' nos convoca a prever consecuencias del discurso. Esto es conocido en Jurisprudencia Comparada como el test de la 'incitación' [Caso estadounidense *Branderburg c/ Ohio* (395 US 444, 1969), cit. por Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ. *La libertad de expresión*. Op. cit. p. 43].

¹⁷⁷ El mercado de las ideas. Op. cit. p. 53.

¹⁷⁸ Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 106

De esta forma se pueden crear héroes falsos, haciendo que los miembros de la sociedad cambien de puntos de vista, presentando una verdad a medias. Uno, hasta puede llegar a sensibilizarse con el culpable.

Para esclarecer este tema podemos tan sólo recordar la película dramática *El Cuarto Poder*¹⁷⁹. En ella, un consternado hombre (John Travolta) se convierte en un ocasional secuestrador, al cual busca salvar un periodista (Dustin Hoffman), quien también de manera casual se vuelve en protagonista de los hechos. Sin embargo, su investigación periodística es usada por los directivos del canal para el que trabajaba en contra de su inquietud inicial, transformando al delincuente de un ser angustiado en un potencial asesino, motivo por el cual la Policía decide acabar con su vida. Como vemos con una información desviada se puede cambiar totalmente la existencia de las personas. El peligro de que los medios se autoproclamen y ejerzan en la realidad un gran poder, hace observar con cautela su rol en la sociedad.

Por eso, se piensa en que la solución es que los medios sólo presenten los hechos - y quizás dar una opinión de los mismos, ejerciéndose también la expresión-, pero de manera completa y ajustada a la verdad, no sesgada, puesto que como vemos, muchas veces, dentro de la “insensibilidad de los periodistas para la gente común, explotada con fines sensacionalistas”¹⁸⁰, lo que presentan es “una verdad entre comillas, que convienen a intereses de algún tipo o directamente a los intereses periodísticos. Así es preferible transmitir una muerte o asesinato, por el impacto que ésta causa en el receptor”¹⁸¹.

Debemos tener cuidado con este tipo de informaciones muy comunes en el Perú de hoy, donde por intereses más que económicos, políticos, se afecta con facilidad la vida privada -aunque también, el honor- en pos de ventajas de los hombres de poder.

2.6.7. Las actividades punitivas

¹⁷⁹ Título original: *Mad City*, 1997.

¹⁸⁰ AGUIRRE, Jesús María. Derecho a la comunicación y compromiso ético de los comunicadores. Op. cit. p. 37.

Así como se tiene derecho a realizar críticas sobre los procesos judiciales, la publicidad de los procesos permite además la cobertura informativa de ellos, y como paso previo a ello, también de la investigación policial de los mismos.

2.6.7.1. En el ámbito policial

En todo tipo de investigación, y no en sólo en las de tipo policiales, el periodista debe fijarse en que solamente si es necesario incluir nombres y fotos, así se hará. En caso contrario, y como regla, no deben comprenderlos.

Un buen ejemplo de esta aseveración la da la directriz 8.1 del Código de Prensa alemán, según la cual “[l]a mención de nombres y la inclusión de fotografías de víctimas y autores en las informaciones sobre accidentes, delitos, pesquisas y procesos judiciales [...] por regla general no están justificadas. Siempre debe ponderarse el interés de la opinión pública de recibir la información y los derechos de la personalidad del afectado. El apetito de sensacionalismo no representa un interés informativo de la opinión pública”.

En un interesante caso vemos que si dentro de las actividades policiales, tras la investigación que realizan, consideran que una persona es un delincuente, pero esta indagación la mantienen en el carácter reservado, esto no puede afectar la vida privada de las personas.

Previo llamada telefónica anónima y autorización parte del juez, la Brigada 13 del Ejército Nacional intervino una reunión de supuestos integrantes del Ejército de Liberación Nacional (E.L.N.), Grupo Lorenzo Alcantuz, que se celebraría en un aula del centro pastoral del Seminario San Juan Apóstol, ubicado en Facatativá. Se

¹⁸¹ ZANNONI, Eduardo A. y Beatriz R. BISCARD. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 163.

detuvo a once personas, entre ellas a Jackeline Campos Rincón, decomisando además papelería y agendas con información sobre el grupo guerrillero, motivo por la cual dicha mujer se hubo detenido. En el expediente que se le abriera, aparece una Constancia de Antecedentes, en la que los organismos de inteligencia del Estado, la distinguen como ‘rebelde’, integrante del E.L.N., sin que sobre ella pese sentencia condenatoria por ese acto. Esta prueba fue la que motivó la reacción de la demandante, para quien de esta forma se estaría afectando su vida privada. Para el juzgador, “los organismos de seguridad del Estado, internamente, pueden y deben contar con toda la información necesaria para el normal, adecuado, eficiente, legítimo y democrático ejercicio de su función de servicio a la sociedad civil y defensa del orden público y de las instituciones” aunque “dichas instancias estatales no pueden difundir al exterior la información sobre una persona, salvo en el único evento de un ‘antecedente’ penal o contravencional, el cual permite divulgar a terceros la información oficial sobre una persona”, razón por la cual “se desprende que a la peticionaria no se le ha vulnerado ni amenazado su derecho fundamental a la intimidad”. Aunque, eso sí, “si un tercero o la misma accionante solicitan acceso a la información que el Estado tiene de ésta, las entidades oficiales competentes sólo podrán decir que -no estando condenada sino sólo detenida-, ella no tiene ningún tipo de antecedentes¹⁸².

Esta sentencia nos revela claramente cómo se debe tratar una revelación sobre un presunto delincuente: se puede manejar información sobre el mismo, pero siempre y cuando sea para su uso interno, siendo por tanto un supuesto de hecho protegido por la información; en caso se busque que ella sea conocida por la comunidad, el respeto a la vida privada salta a la vista.

2.6.7.2. En el ámbito judicial

Como hemos visto, es muy común que los periodistas consigan atestados policiales y hagan noticia de ello. La reproducción de éstos y de las sentencias judiciales deben basarse en un criterio de responsabilidad social de los informadores. En este punto confluyen dos aspectos de protección constitucional: la tutela efectiva y la publicidad de los procesos.

¹⁸² Sentencia T-1.109, del 07 de julio de 1992, de la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional colombiana.

El artículo 139.3 de la Constitución nos lleva a la seguridad de los procesados a acceder a una tutela jurisdiccional, pero el 139.4 señala que la publicidad de los procesos es un deber de la función jurisdiccional lo cual permite que se informe sobre cada uno de ellos. Además, el artículo 206 del Código Procesal Civil señala que la Audiencia de Pruebas puede ser realizada en privado si la naturaleza si la naturaleza de lo controvertido así lo exigiese. El Código Procesal Penal va más allá y señala que la audiencia no será oral y pública si están de por medio intereses de menores de edad o la vida privada de los sujetos procesales. Con respecto a los menores de edad también se pronuncia el Código de los niños y adolescentes (artículo 74).

En el *Common Law* existe una figura como es el *Contempt of Court*, el cual protege el derecho de las personas que son partes del proceso: no se prohíbe publicar sino que su influencia sea mínima. Así para Fernández Segado, este ‘desprecio del Tribunal’ debe observarse como “un instrumento procesal que permite a los Tribunales de modo permanente intervenir, impidiendo o reprimiendo un comportamiento de naturaleza obstruccionista en la administración de justicia, relacionado bien con un caso concreto, bien con una materia de carácter general”¹⁸³.

Esta figura fue utilizada en el caso de un periódico inglés al que se le prohibió la publicación de un artículo relativo al caso de la talidomida, sobre la base de la figura estudiada. Éste es un famoso caso del Tribunal Europeo, el cual finalmente dictamina que “[l]a clarificación de los temas de negligencia en relación con actividades privadas que hayan conducido a un desastre público es también una cuestión de interés público, y el examen de la responsabilidad en tal situación es, en sí mismo, ciertamente función legítima de la prensa en una sociedad democrática”¹⁸⁴.

¹⁸³ La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. cit. p. 104; tema también analizado por Guillermo FLORIS MARGADANT. La libertad de imprenta en el Constitucionalismo Norteamericano y el Mexicano. Op. cit. p. 1128.

¹⁸⁴ Caso Sunday Times, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de abril de 1979, rec. por J. VERVAELE. El Sistema Europeo. Op. cit. pp. 604 y 605.

Mucho más desarrollado se encuentra en este punto el caso del mismo tribunal, Worm c/ Austria, 3/1996/702/894, del 29 de agosto de 1997. www.dhcour.coc.fr/eng/.

Entonces, si existe la obligación de que el proceso sea público, debemos considerar exagerada cierta Jurisprudencia por la cual se debe prohibir la identificación de los actores de un proceso considerado como normal. Distinto sería el caso de una violación o un secuestro, en el que por interés de la víctima podría -y debería, salvo consentimiento- mantenerse oculta su identidad. Lo que debe medirse, en este supuesto, es la necesidad de incluir datos que pueden considerarse como noticiables.

Un número de la *Gazette de Palais* publicó la dación de cuentas de un proceso, con nombres y apellidos de cónyuges que intentaban divorciarse, y para el juzgador francés este acto constituyó la afectación de un derecho fundamental¹⁸⁵. Parece que se extralimitó en su sentido.

Como señalábamos, es distinto el caso de una violación sexual. Así, cuando en 1983, el semanario *The Florida Star*, tras conseguir la identificación en una nota de prensa de la Policía, publicó los nombres completos de la víctima de una violación, el juzgador consideró que una información de este tipo afectaba la vida privada de esta última¹⁸⁶.

Pero donde no debe existir duda acerca de si debe brindarse la información al público, es cuando se trata de procesos que concitan el interés de la sociedad. En estos casos, por mandato expreso del constituyente, se debe comunicar a todos el desarrollo del proceso.

Según el artículo 139.4 de la Constitución, “[l]os procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la

¹⁸⁵ Rec. por Juan ESPINOZA ESPINOZA. Estudio del Derecho de las Personas. Op. cit. p. 245.

¹⁸⁶ Precedente estadounidense del Tribunal Supremo. Caso *B.J.F. c/ The Floridad Star* (491 U.S. 524, 1989), rec. por Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. El derecho a la intimidad. Op. cit. p. 113; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 312 y 313, aunque finalmente se declaró inconstitucional una ley que prohibía la publicación de los nombres de las víctimas de delitos sexuales.

Constitución son siempre públicos”. La inclusión final de ‘siempre’ cierra por completo el tema.

Debemos recordar la importancia de tres cosas en este punto: que el término ‘funcionario público’ no solamente debe ceñirse a aquellas personas que ejercen un cargo público según los artículos 39 y subsiguientes de la Norma Fundamental, sino en el sentido amplio del concepto: como toda aquella persona cuya actividad importa una relación entre el Estado y la colectividad (se incluiría así a los militares, por ejemplo); que así como se reconoce la importancia actual del funcionamiento de los medios de comunicación social, también se ha de preocupar el Estado de propiciar las sanciones correspondientes cuando se excede el límite de su actividad; y, que, éste artículo se constituye en una forma de garantía (superrefuerzo) de todo derecho fundamental, a diferencia del resto de derechos del Ordenamiento.

Por lo señalado, para la Jurisprudencia Nacional, “si la noticia, que se cuestiona penalmente, contiene un hecho cierto, que es necesario que sea conocido por la opinión pública, se descarta ánimo de injuriar [...] El funcionario público debe dar las explicaciones a la sociedad respecto de cualquier acto que suponga dudas en su conducta funcional”¹⁸⁷.

2.6.8. Momentos delicados de la persona

Existen etapas difíciles para una familia en los que lejos, de verse enfrentados con los periodistas, quisieran tener un instante de paz y tranquilidad, para reflexionar y atender a sus seres queridos.

2.6.8.1. Cerca a la expiración

¹⁸⁷ Ejecutoria Suprema del Expediente 2048-84, de 1985, rec. por Anales Judiciales. t. LXXIII, pp. 291 y ss.

Presenciamos ocasiones que, por más avidez y deseo del público de conocer las ocurrencias, pertenecen claramente a la vida privada de las personas. Quizás el aspecto más tratado ha sido el de la agonía de las personas. En alguna oportunidad, todos hemos pasado las vicisitudes de estar con un familiar a punto de fallecer, y sabemos lo duro que es. Pero, frente a ello, es muy común ver, por ejemplo, que cuando ha acontecido un accidente, los reporteros se acercan rápidamente a la víctima, y estando éstos en estado agónico, preguntan cosas realmente irrelevantes (¿qué siente?). ¡Craso error! Los periodistas deben darse cuenta que lo que menos prefieren estas personas es ser molestados. No creemos que al propio periodista en un estado semejante -o peor aún, a uno de sus familiares- le agrade la idea de ser el motivo del rating de una empresa periodística, gozando a causa del dolor ajeno. Creemos que el tacto periodístico, en este tema, se está perdiendo.

Es lógico, además, que por más famoso que sea el moribundo, este instante también debe ser reservado a un grupo muy reducido de personas, o como se diría en la teoría de las esferas, a una *privatsphäre* (ámbito privado).

Veamos dos casos sobre este tema. El primero de ellos se trata del reconocido torero Francisco Rivera, Paquirri, quien tuvo una tarde desafortunada en el coso. Al ser atendido y transportado al tópico del lugar, las cámaras lograron captar imágenes desgarradoras sobre su agonía y posterior muerte¹⁸⁸, razón por la cual la viuda, la también famosa Isabel Pantoja, demandó a quienes permitieron y realizaron esta transmisión. Para el juzgador, en los sucesos referidos “se reproducen en forma directa y claramente perceptibles las heridas sufridas, la situación y reacción del herido, y la manifestación de su estado anímico, que se revelan en imágenes de sus ademanes y rostro, y que muestran ciertamente la entereza del diestro, pero también el dolor y postración causados por las lesiones

recibidas”. Entonces, como parte de la vida privada familiar no se debe grabar ni comercializar imágenes captadas de una persona a punto de morir¹⁸⁹.

En este mismo sentido, se ha señalado *obiter dicta*, en otra Jurisprudencia Comparada, refiriéndose al suceso ya citado en que se fotografió a un conocido político argentino cuando agonizaba, que el interés general en la información “no exigía ni justificaba una invasión a su más sagrada esfera de privacidad [...] cuya innoble brutalidad conspira contra la responsabilidad, la corrección, el decoro, y otras estimables posibilidades de la labor informativa”¹⁹⁰.

2.6.8.2. Un suicidio

Hace unos años una radiante mujer, conductora de un programa infantil, se suicidó por causas -según parece- de índole personal. Inmediatamente después, un diario local consiguió el atestado policial del caso, y empezó a publicar día a día, cual novela de suspenso, los sucesos de la trágica muerte de Mónica Santa María. Sin embargo, esto hecho causaba un gran -y lógico- malestar a los familiares de la desaparecida. Entonces, el suceso trajo al tapete un tema al cual muchos medios parecen no darle la importancia debida: ¿cómo debe informarse sobre estos temas difíciles para cualquier persona?

Para tratar de responder esta pregunta, se ha señalado que “las informaciones sobre suicidios requieren especial prudencia. Esto es aplicable sobre todo a la

¹⁸⁸ Cinta de vídeo titulada Paquirri, un canto de amor y muerte, emitida en el programa Informe Semanal, de TVE.

¹⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo Caso Isabel Pantoja c/ Prographic SA de 20 de mayo de 1988, rec. por Fernando HERRERO-TEJEDOR. Legislación y Jurisprudencia sobre la Vida Privada y la Libertad de Expresión. Op. cit. p. 39; Francisco EGUIGUREN PRAELI. La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. p. 60; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 349 y ss.

¹⁹⁰ Caso Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida SA, Corte Suprema de Justicia argentina, cit. por Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARD. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 96.

mención de nombres y descripción de circunstancias concretas. Cabe admitir excepciones, por ejemplo si se trata de un hecho sociológico de interés general¹⁹¹.

Pero, no sólo debe evitarse reseñar suicidios sino también presentar, en primera plana de los periódicos -cuando sucede un hecho criminal-, por ejemplo, la foto de un cadáver descuartizado. Es una falta de tino tanto respecto a los familiares del difunto como respecto al mismo público.

2.6.9. El desmedido encanto de un suceso

Si bien la mayoría de las veces los periodistas van atrás de las personas populares, a veces se encuentran con seres comunes y corrientes quienes se ven envueltos en algún caso de interés social. En estos sucesos, la responsabilidad social de los comunicadores social debe hacer que se informe con prudencia y sin inflar la noticia. Pero, la realidad nos cuenta casos en los que su actuación dista de la ideal.

Así, podemos ver en el siguiente proceso cómo una noticia fue tratada de manera diversa por dos periódicos. Ella versaba sobre un accidente de la aerolínea Iberia acaecido en el aeropuerto de Sondika en Bilbao, el 19 de febrero de 1985 y en el cual fallecieron 148 personas.

Para el diario El País, el piloto del avión padecía un fuerte estado de depresión (señalaba que estaba pasando por una mala racha personal y sufría depresiones), el mismo que 'pudo haber sido la causa' del accidente¹⁹². Según Diario 16, el carácter extrovertido y su aire de conquistador, así como su afición a la bebida 'pudo haber sido la causa' real de la desgracia (contenía frases como 'era un

¹⁹¹ Directriz 8.4 del Código de Prensa alemán.

cachondo mental’, ‘era mal educado y grosero’, ‘bebía demasiado para un comandante que tiene que volar cada cuatro días’, ‘vivía con una mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada en siete meses’ o ‘la cerveza y algunos problemas llevaban últimamente de cabeza a este hombre’¹⁹³. Los familiares del piloto demandaron a los directores de ambos periódicos, pues las noticias vertidas afectaban la memoria del fallecido. Pese a reconocer la titularidad respecto a la vida privada a este último, el juzgador acierta en considerar que en el primer caso no hubo afectación¹⁹⁴, lo que sí existió en el segundo, puesto que algunas informaciones carecieron de trascendencia pública¹⁹⁵. Algunas cuestiones sobre este tema. Primero, consideramos errada la postura del juzgador cuando reconoce la existencia de un derecho a la memoria de una persona: lo que se debe proteger es el derecho de la familia a la vida privada puesto que dentro de él se incluyen los actos del piloto. Además, existe una diferencia cualitativa entre las dos noticias presentadas, que desde nuestro punto de vista, tienen disímil relación con el interés del público: es totalmente irrelevante la vida amorosa y personal de un piloto pero no quizá sí puede considerarse como trascendente, al existencia de un estado de depresión de éste, puesto que denotaría la falta de control sobre la idoneidad psicológica de los tripulantes de una empresa aerocomercial.

En algunos casos, las personas, por más verdadera que sea la noticia que trate sobre ellos, puede sentir que el ejercicio de la información exceda sus límites y se convierte en abusivo. Así, por más que se cumpla con el contenido esencial de la información, el accidental debe ser controlado.

En un caso de Jurisprudencia Comparada, se publicó un artículo periodístico sobre un arquitecto que padecía Sida y que lo había contraído supuestamente por el contagio de una persona con la que convivía¹⁹⁶, se ha señalado que sí se ha comprobado que “fue lesionada su intimidad, con claridad plena, porque en modo

¹⁹² Ediciones del 20 de febrero, 14 de marzo y 17 de marzo.

¹⁹³ Ediciones del 22, 23 y 24 de febrero y 18 de marzo.

¹⁹⁴ Sentencia 171/90 del Tribunal Constitucional, de 05 de noviembre, rec. por Rafael REBOLLO VARGAS. Aproximación a la jurisprudencia constitucional. Op. cit. pp. 81 y 82.

¹⁹⁵ Sentencia 172/90 del Tribunal Constitucional, de 05 de noviembre, rec. por Rafael REBOLLO VARGAS. Aproximación a la jurisprudencia constitucional. Op. cit. pp. 82 y 83.

¹⁹⁶ Diario Baleares, del 15 de febrero de 1986.

alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos, reales o supuestos, de su vida privada que afecten a su reputación, según el sentir común, y que sean triviales o indiferentes para el interés público”, razón por la cual aparte de que la información sea veraz “es preciso para que proyección sea legítima que lo informado resulte de interés público pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, lo soporten en aras, precisamente, del conocimiento general”¹⁹⁷.

No podemos negar que algunas noticias sólo tienen una relevancia para un determinado sector del público, el cual puede ser bastante reducido como los miembros de algún club.

Existe Jurisprudencia Nacional por la que “sustentándose la imputación contra el encausado en el contenido de una publicación de un diario en el que se afirma que el agraviado sabía de los Estatutos del club para seguir dirigiéndolo y seguir usufructuando ilícitamente el dinero de éste y habiéndose observado error en la inscripción del folio, lo cual evidencia que los actos realizados por espíritu de maledicencia o por ánimo de ofender sino que se ha obrado en beneficio de la colectividad que representan los socios”¹⁹⁸.

Si bien las personas con proyección pública están constantemente expuestas al control social, solamente el interés se encuentra fundado cuando la noticia presenta un hecho que sirva al desarrollo colectivo.

Esto quiere decir, como ha sido señalado en la Jurisprudencia Comparada, que si la atracción del caso se centra en la mera curiosidad de la población, la protección se deberá apuntar como parte de la vida privada. Así, si a través de un medio periodístico, un periodista informa que un Ministro de Estado es cliente de un local de *call-girls*, se estará afectando un derecho de los de respeto propio puesto que “los acontecimientos de la vida privada no llegan sin más a ser

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español 20/1992, del 14 de febrero de 1992, rec. por Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. pp. 168 y 169; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 355 y ss.

¹⁹⁸ Sentencia del 1^{er} Tribunal Correccional de Lima, Expediente 358-88, en CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA. Jurisprudencia Penal. Op. cit. t. III, p. 85.

acontecimientos de la vida pública porque se refieren a personas que estén en la vida pública”¹⁹⁹.

2.6.10. Los menores en la noticia

La fragilidad emocional de este tipo de personas así como su situación delicada y limitada para ejercer sus derechos en la realidad, hace que el Ordenamiento esté obligado a protegerlos de una manera particular. Además, su situación es distinta a la de los mayores de edad, primero, porque no tienen posibilidad material de acceder a la Administración de Justicia por no tener plenos derechos civiles sino es por su representante o tutor.

Entonces no es ilógico pensar por qué el constituyente consideró como especial la protección que debe brindarse “al niño, al adolescente” por parte de la comunidad y el Estado (artículo 4 de la Constitución).

Entonces, no sólo el Estado debe preocuparse por los menores sino también la colectividad, la población en general. A partir de esta clara relación de *drittwirkung*, un destinatario lógico será el informador, sobre todo si está frente a cubrir una noticia en la que está inmerso un menor.

Hemos hecho referencia que los procesos judiciales deben ser objeto de publicidad tan sólo en cuanto la necesidad y la adecuación se lo permitan: según las circunstancias particulares del caso. Pero como vemos la sutilidad de las noticias respecto a los menores, hace que se promueva un tratamiento especial para con ellos.

¹⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo alemán, del 15 de enero de 1962, BGHSt. 18, 182, Caso Call-girls Prozess, rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 38.

Según el Código del Niño y del Adolescente, en todo proceso, el nombre de un menor involucrado no deberá nunca ser nombrado ni publicado (artículo 74), aún cuando existe un interés del público de conocer sobre el tema y del informador de alcanzar la noticia. Sin embargo, uno puede enterarse perfectamente de una informe, por ejemplo, sobre la violación de un menor, conociendo el hecho, y sin saber quién es el afectado, o si gustan poner simplemente las iniciales²⁰⁰.

En este sentido, una participación decisiva debe ser la realizada por los padres o tutores de los menores. Pero, a veces intentan comprenderlos en sus problemas: “involucra la defensa del hijo o de otros presuntos damnificados, y mediante la difusión de los hechos, inclinar la opinión pública hacia la causa que defienden ellos”²⁰¹.

En este marco, nos parece muy interesante resaltar lo que las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)²⁰² señalan sobre este tema. Partiendo de una premisa general (regla 8.1: “[p]ara evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad), se concluye categóricamente que “[e]n principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente (regla 8.2). Así no sólo se salvaguardará la vida privada de estas personas afectadas por un hecho criminal, sino también los que participan activamente en uno de ellos.

En un famoso caso, una renombrada actriz, tras señalar que su hijo fuera adoptado en el Caribe, se descubrió y se hizo público que éste había nacido en el propio país y que su verdadera madre trabajaba en una barra americana y estaba mezclada con actos ilegales. Por ello se demandó a la empresa editora y tras un

²⁰⁰ Sin embargo, en el Constitucionalismo norteamericano se protege como parte del derecho a la información las declaraciones de menores que han sido víctimas de agresiones sexuales [Caso Globe c/ Superior Court, 457 US 596 (1982)].

²⁰¹ ZANNONI, Eduardo A. y Beatriz R. BISCARD. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 177

²⁰² Recomendadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

meditado estudio del suceso, el Tribunal determinó que la intimidad del menor debe protegerse frente a todos, aún si la madre tocó el tema con anterioridad.

Este caso de Jurisprudencia Comparada se centra en el artículo La madre, Giselda Martínez, trabajaba en una barra americana. El hijo adoptivo de Sara Montiel fue adquirido en Alicante²⁰³. Tras investigarse un caso de tráfico ilícito de niños, se hizo este descubrimiento y los periodistas lo divulgaron. Si bien los padres adoptivos del menor habían hecho público el prohijamiento, según el Tribunal Constitucional español, la vida privada del menor sigue incólume: “más allá de esos hechos dados a conocer, con mayor o menor prudencia o ligereza, por los padres adoptivos, y respecto a los cuales por consiguiente el velo de la intimidad ha sido destapado prevalecerá el derecho a la intimidad del menor adoptado, y por reflejo, el de la intimidad familiar de sus padres adoptivos en relación con otras circunstancias de la adopción no reveladas, y que, por su propia naturaleza, han de pertenecer a la esfera de lo privado y lo íntimo, como con toda seguridad sucede con la identificación por parte del periódico de la madre natural del niño y de sus circunstancias personales, datos no incluidos en la información hecha pública por los padres adoptivos ni deducible de ella, y que en modo alguno puede considerarse como una noticia de interés público, al ser sólo un hecho estrictamente personal y privado, incluíble en la reserva protegible de la intimidad²⁰⁴.

Coincidimos plenamente con la solución tomada, y esto es un buen ejemplo para demostrar las diferencias entre la colisión de derechos y la determinación de contenidos. Según la primera, en este supuesto específico, existe una prevalencia de la vida privada respecto a la información; para nosotros, lo único que ha realizado el juzgador ha sido demarcar el derecho a la vida privada y la información, y en el hipótesis específica del menor respecto al acto de su adopción, señala que la protección de este supuesto no está en la información pero sí en la vida privada: no es que exista prevalencia entre los derechos, sino que

²⁰³ Publicación del Diario Ya, del 31 de agosto de 1985.

²⁰⁴ Sentencia 197/1991, del 17 de octubre. Caso Sara Montiel c/ Diario Ya, rec. por Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. pp. 165 y ss.; Fernando HERRERO-TEJEDOR. Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Op. cit. p. 63; Francisco DELGADO PIQUERAS. De nuevo sobre el derecho a la intimidad personal y libertad de los famosos y la libertad de información. Op. cit. pp. 270 y ss.; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. pp. 362 y ss.

simplemente está realizando una bisección de los aspectos protegidos. Y, como ya lo dijimos, aunque discrepamos con la óptica con que se mira el resultado llegado, coincidimos totalmente con el fondo de éste.

Lo que debemos percatarnos en este caso es que están en juego la intimidad de dos personas, difícilmente separables. Una es la de los padres y otra es la del propio menor. Aunque, así sucede en el caso, la madre consienta la investigación sobre el origen de su hijo, el periodista investigador debe percatarse que el niño adoptado tiene una intimidad propia distinta totalmente de la de la madre, razón por la cual la investigación debe ser lo más recatada posible y no hacerse de ella un escándalo ya que antes que perjudicar el derecho de la actriz, afecta emocionalmente al menor. Si esto fuera poco, el ‘desarrollo colectivo’ que podrá lograrse con esta noticia es casi nula: es totalmente irrelevante para la sociedad si un párvulo fue adoptado en tal o cual lugar.

2.6.II. Fotografiando a famosos

Hemos expresado en varias oportunidades que los avances tecnológicos hacen que los periodistas tengan mayores posibilidades de afectación a la vida privada. Uno de los instrumentos con los que se puede contar con mayor facilidad y que permiten este perjuicio es, sin duda, la cámara fotográfica.

Ésta junto con la filmadora son las herramientas de trabajo más valiosas para un *papparazzi*. Éste por el dinero es capaz de hacer lo que sea. Hemos sido testigos de cómo su tendencia sensacionalista han ocasionado la muerte de una princesa (todos aún recordamos el fin que tuviese Lady Di).

Las intromisiones físicas con el fin de ser publicadas (derecho a la información) en la vida privada deben ser tratadas en el ámbito penal sólo cuando son de las más graves.

Ello, para la Comisión Calcutt, se presenta en tres casos²⁰⁵: entrar en una propiedad privada, sin el consentimiento de su legítimo ocupante, con el fin de obtener información para su divulgación, colocar un dispositivo de vigilancia en una propiedad privada sin el consentimiento de su legítimo ocupante, con el propósito de obtener información personal con vistas de ser publicados, y, hacer una fotografía, filmar o grabar la voz de un individuo que se encuentre en una propiedad privada, sin su consentimiento, para su difusión y con el propósito de que dicho individuo resulte identificable.

Los ataques deben ser intolerables tomando en cuenta el ámbito penal como última *ratio*. Debe revestir de gravedad. Es violar o transgredir la intimidad de las persona o de la familia. El acto material, recogido por el artículo 154 del Código Penal, se produce a través de²⁰⁶: observar (palabra); escuchar (hecho); registrar – anotando- (escrito o imagen).

Ya en Jurisprudencia se han tratado algunos casos de famosas acosadas por las cámaras fotográficas. Tal como lo dijésemos en su momento, los artistas son una categoría de personas con proyección pública cuya actividad no tiene trascendencia en el desenvolvimiento de la sociedad. Por este motivo si bien existe una curiosidad de la gente por saber de su vida ésta debe restringirse en el conocimiento de lo que una persona común y corriente puede observar.

Cuando se fotografió a Carolina de Mónaco en una embarcación a través de cámaras con teleobjetivos, el Tribunal consideró que la publicación de estas tomas

²⁰⁵ Informe 'Sobre la intimidad y cuestiones afines', presentado ante el Parlamento Británico en junio de 1990, cit por José Manuel GÓMEZ BENÍTES. La protección penal del derecho a la intimidad. Op. cit. p. 345.

El tratamiento del problema resulta más importante aún si se considera que en Inglaterra y Gales se contempla la figura del hostigamiento. En él se puede incluir seguir a alguien reiteradamente, vigilar su domicilio o lugar de trabajo, dificultar que una persona haga uso de su propiedad, con el propósito de obligarle a hacer algo que no desea hacer.

²⁰⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO, Manual de Derecho Penal. Op. cit. p. 177.

no vulneraba el derecho a la vida privada de la princesa puesto que ella se encontraba “en un embarcación próxima a la costa, por lo que podía ser vista por otras personas”²⁰⁷. También se encontraba en un navío, pero esta vez lejos de la costa, Romy Schneider cuando fue fotografiada completamente desnuda, apareciendo las tomas en la revista *Photo*, de noviembre de 1977, razón por la cual el juzgador galo señaló que se afectaba la vida privada de la artista “considerando que un bote reviste las características de un lugar privado y que no se encontraba en las proximidades de una playa o de un puerto [...] y que para fotografiar a sus pasajeros se requería de un material especial como un teleobjetivo”²⁰⁸.

Frente a estos casos encontramos a otro en el cual Brigitte Bardot se encontraba descansando tranquilamente en su propiedad en las afueras de París, es decir dentro de su domicilio. Recordemos que la protección de este último es parte integrante de la vida privada. En esos momentos, fue fotografiada gracias a teleobjetivos, tomas que fueron publicadas en cuatro medios de comunicación social. Esto debe ser considerada como una clara afectación a la vida privada²⁰⁹. En la misma línea se encuentra una sentencia italiana, en la que reparando en la publicación de una fotos de la ex-emperatriz Soraya Esfandiari en una situación íntima con una persona dentro de su propia habitación, se señala que el derecho a la vida privada “no puede ser negado a algunas categorías de personas, sólo en consideración de su notoriedad, salvo que un real interés social por la información u otra exigencia pública lo exijan”, y que su tutela abarca “aquellas situaciones y acontecimientos estrictamente personales y familiares, los cuales así se verificaran fuera del domicilio doméstico, no tienen para los terceros un interés socialmente apreciable”²¹⁰.

²⁰⁷ Resumen del caso presentado en el Diario El País, del 12 de enero de 1980, rec. por Porfirio BARROSO ASENJO. Límites constitucionales al Derecho a la Información. Op. cit. p. 87.

Lo que debe ser importante agregar en este caso es que sí se sentenció a la revista *Photo* que publicara las tomas, puesto que afectaba al derecho a la imagen.

²⁰⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de París, del 05 de junio de 1979, rec. por Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 175.

²⁰⁹ Caso de la Corte francesa Brigitte Bardot c/ Daily Express y otros, rec. por Porfirio BARROSO ASENJO. Límites Constitucionales al Derecho a la Información. Op. cit. p. 112.

²¹⁰ Sentencia n° 2129, del 27 de mayo de 1975 de la Corte de Casación italiana, rec. por Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. pp. 173 y 174.

En estos casos, se ha sustentado la resolución judicial en el lugar en el que se encontraba la persona. Como el interés del público se centraba en la mera curiosidad, entonces la protección se basó en el domicilio.

En otros casos, la Jurisprudencia ha sido muy clara: si uno acude a un lugar público, existe una especie de consentimiento, al permitir que el resto pueda observar a la persona misma. Sin embargo, ello no es sinónimo de que se está permitiendo que se pueda publicar una fotografía de dicho acto, puesto que el consentimiento sólo tiene lugar respecto a la captación de la imagen mas no a su difusión.

En un caso español encontramos que María Elena Bestard Cid, quien se hallaba en *topless* dentro de un club de acceso general, fue fotografiada por el redactor gráfico de una famosa agencia noticiosa, el mismo que publicó sin autorización expresa de la famosa una de las tomas en el diario Última Hora de Palma de Mallorca. Como conclusión final, el Tribunal Constitucional hispano señala que “hubo consentimiento para la captación de fotografías, pero no para su publicación posterior”²¹¹.

Cierta Jurisprudencia se ha centrado en la permisión por parte de una persona conocida a lo largo de sus años de publicar cosas acerca suya, incluyéndose fotografías que aprobara que se le tomara. Si ésta existió, no habrá afectación de la vida privada; en caso contrario, sí la habrá.

Gunther Saches, célebre esposo de Brigitte Bardot, consideró la afectación a su vida privada cuando un artículo de la Editora Lui, bajo el título de Sexy Saches, revelaba las peripecias de vida sentimental. Pero, según el Tribunal, “los hechos relatados han sido ya publicados en diversas oportunidades” y respecto a las

fotografías, se dijo que estas “no han podido ser tomadas sin el consentimiento del interados”, lo cual hacía concluir la protección por parte de un derecho a la información de dicho reportaje²¹².

2.7. Difusión de información a través de relatos reales y vida privada en general

Un influyente vehículo por medio del cual, las personas pueden poner en conocimiento de los demás los sucesos que, a su entender, deben ser divulgados es, sin lugar, el relato artístico de hechos reales. Para lograr ello, el cine y la literatura nos han servido.

2.7.1. Recuerdos

A veces conocemos hechos de la realidad que tranquilamente podrían pasar por una novela. Y de eso se han percatado también algunos escritores y guionistas. Historias reales muchas veces son transformadas en películas y obras literarias.

Para algunos existe una diferencia sustancial entre estas dos formas en que se presentan las novelas. Tras señalar Vargas Llosa, la importancia de los libros frente al cine y a la televisión: las historias “de las pantallas son intensas por su inmediatez y efímeras por sus resultados; nos apresan y nos excarcelan casi de inmediato; de las literarias, somos prisioneros de por vida”²¹³. En las primeras debemos ubicarnos en este punto.

Pero, como éstas surgen de la realidad pueden afectar en muchas oportunidades la vida privada de las personas protagonistas de la realidad de las mismas.

²¹¹ Caso María Elena Bestard Cid c/ Agencia de Noticias EFE y otros, Auto n° 30/1989, del 05 de junio, rec. por Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. pp. 163 y ss.

²¹² Sentencia de la Corte de Paris, del 15 de abril de 1966, rec. por Jorge A. CARRANZA. Los medios masivos de comunicación y el derecho privado. Op. cit. p. 55.

²¹³ Dinosaurios en tiempos difíciles. Op. cit. p. 231.

2.7.1.1. En las películas

Un célebre precedente jurisprudencial nos presenta el caso de una película en la que se anunciaba un caso auténtico y se utilizaba nombres reales para relatar la vida de una prostituta que llegó a ser acusada de homicida y que había logrado cambiar su vida, convirtiéndose, en otra ciudad, en una mujer con una familia decorosa, postergando en su mente su oscuro pasado.

Gabrielle Darley, que de joven se había dedicado al meretricio y que estuvo implicado en un crimen, aunque luego absuelta, había transformado su vida y en 1919 se había casado con Bernard Melvin, llevando una vida familiar ejemplar. Seis años después, se realizó la película *The Red Kimono*, exhibida en varios estados norteamericanos, relatándose la historia de la mujer, usando su nombre y promocionándose como un relato verdadero. La ahora señora Melvin, al sentirse afectada por la producción, tras perder amistades y relaciones, inició un proceso, al final del cual recibió una fuerte indemnización debido a la base del derecho al olvido, es decir, el juzgador consideró que la emisión de sus acciones de adolescente, por más públicas que hayan sido, traen un beneficio menor al perjuicio producido: “el derecho a lograr la felicidad está garantizado por la ley fundamental del Estado de California. Éste, por su propia naturaleza, incluye el derecho a vivir libre de ataques de otros en el disfrute de nuestra libertad, propiedad y reputación”²¹⁴. En este punto debemos recordar los criterios de prohibición de exceso, en especial, el de necesidad: tranquilamente se pudo comenzar la película afirmando que el caso era real pero que se cambiaban los nombres verdaderos por motivos obvios, y así el fin que cumplía la película quedaba satisfecho.

²¹⁴ Caso estadounidense *Melvin c/ Reid* (112 Cal. App. 285,297 p. 91), cit. por Juan MORALES GODO. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. pp. 137,169; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 310; Xavier O' CALLAGHAN MUÑOZ. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 89.

Entonces lo que debemos tener en cuenta que a veces etapas difíciles de la existencia de una persona que han sido superados con esfuerzo y ahínco, no pueden ser removidos por un motivo meramente económico sin responder a expectativas sociales.

Una de las películas más célebres de la Historia del Cine es, sin dudarlo, El Ciudadano Kane (1941), del talentoso y destacado director de cine Orson Welles. En ésta, si bien no hubo un proceso judicial de por medio, sí podemos notar una situación relacional entre el derecho a la información de uno y el derecho a la vida privada de otro.

Explicemos la película: “En la película, Kane -magnate neoyorquino- utiliza su diario *The Inquirer* para llevar adelante denuncias contra las autoridades corruptas, convirtiéndose en un verdadero juez capaz de decidir sobre lo que se debe o no hacer en su ciudad, influyendo inclusive en las decisiones adoptadas por su propio país. Sin embargo, cuando el propio Kane intenta incursionar en la vida política, se ve derrotado apenas un día antes de las elecciones a Gobernador debido a la publicación de otro medio en el que se presentaba la crónica de su infidelidad y de su relación amorosa con una joven y poco talentosa artista”. Continuábamos apuntando que pese a la gran calidad de la cinta, ésta no fue valorada sino muchos años después de su presentación puesto a la campaña realizada contra suya, y esto debido a que “[e]l director, sin duda, había hecho un trabajo de investigación formidable presentando al público un argumento bastante convincente pero que molestó al protagonista ‘en la vida real’ de la historia, el magnate William Randolph Hearst (incluso muchos mencionan que fue su propia amante la que colaboró revelando ciertos detalles íntimos). Lamentablemente, Welles se vio atrapado en su propio juego; fue tal el ataque de los diarios de propiedad de Hearst contra los méritos artísticos de la película que ésta no necesitó de ninguna censura. El clima hostil y las pésimas críticas al debut cinematográfico del director, determinaron el fracaso económico de esta

producción, que felizmente aún perdura y es considerada por muchos como la mejor creación artística en la corta historia del cine”²¹⁵.

En este caso, el derecho a la información ejercido por parte del director de cine se encuentra dentro de los límites de su contenido. El rol social de un hombre de la importancia de Hearst hace que algunos aspectos de su vida no tengan protección como parte de su vida privada puesto que su trascendencia para el ‘desarrollo colectivo’ es notorio. Además, se debe reconocer la habilidad de Welles para no designar con sus nombres verdaderos a los protagonistas de la película, un motivo más para considerar en el intento del norteamericano de no afectar la vida privada de su ‘investigado’.

2.7.1.2. En las obras literarias

Año: 1999. Obra: La Señito. Autor: Carlos Vidal. Revuelo total en el ambiente artístico de Lima. El ex-novio de una famosa conductora televisiva nacional se animaba a contar todo lo relacionado con la vida privada compartida por ambos. Se relataba con lujo de detalles vivencias, problemas, relaciones sexuales, alegrías, todo lo vivido por una de las parejas más conocidas del ambiente artístico de hace unos años.

Éste es uno de los pocos casos nacionales en que el afectado acudió a la vía civil. Aunque la obra está escrita, casi en su totalidad, a través de un lenguaje que dista mucho de ser literario, el pseudoescriptor no sólo intentó contar hechos que eran conocidos por todos sobre la relación sentimental entre Gisela Valcárcel y Carlos Vidal, conductora de televisión y su modelo, sino -desde el inicio- busca ir más allá: “Por eso es que admiré a Gisela. Su comportamiento dentro del canal era el de una estrella, aunque después tuve la oportunidad de darme cuenta que su vida

²¹⁵ Tal como lo presentamos en Victorhugo MONTOYA CHÁVEZ y Alejandro NEYRA SÁNCHEZ. Con miedo al medio. Op. cit. p. 129.

privada era totalmente diferente”²¹⁶; el narrador buscaba dibujar, a través de la obra, hechos entre los que destacan cómo se conocieron, cómo se enamoraron, cómo discutieron, cómo todo, haciendo una historia sin un ápice de fantasía ni delirio literario.

Sin embargo, existe una parte que dista mucho del contenido del resto del escrito por la diferencia del vocabulario usado -fragmento que para algunos fue redactado por otra persona, y aunque no nos consta, parece serlo-, y que, a nuestro criterio, es la más clara muestra de la afectación de la vida privada por parte de Vidal: la primera relación sexual entre ambos. Sucedió en un viaje a Ica: “Nuestras pieles aún frescas del baño se tronaron calientes. Habíamos ingresado al libre juego de la seducción en la que ninguno admitía un momento de calma [...]. Me dio la impresión que no había tenido relaciones en bastante tiempo y eso me gustaba. El éxtasis llegó al punto que sin darme cuenta y sólo por la razón de dos cuerpos deseosos de amarse ya la tenía encima mía [...]. Podía sentir sus pechos duros y hinchidos jugueteando con mis pectorales, su vientre restregando sobre el mío mientras hacía malabares para sacarme el short sin tocarlo con las manos [...]. Llegamos a unirnos sin ningún tipo de contemplaciones. Mi mundo se llenó de ella y ella del mío, hasta que las sábanas se rindieron a nuestros orgasmos conjugados con caricias y ternuras, que creímos durarían para siempre”²¹⁷.

Esto lógicamente nunca fue contado por Gisela, y como ya lo dijésemos, no existe interés alguno de la población para enterarse de ello, salvo la malsana curiosidad e indiscreción de muchos, motivo que nos lleva a concluir la afectación del derecho de la artista²¹⁸. Además, “los hechos íntimos narrados por el autor, no tienen ninguna relación con la actividad que actualmente desempeña el personaje público”²¹⁹. Por otra parte, no existe duda alguna sobre quién se está hablando:

²¹⁶ VIDAL, Carlos. *La Señito*. Lima: San Borja Ediciones, 1999. v. I, p. 16.

²¹⁷ VIDAL, Carlos. *La Señito*. Op. cit. pp. 70 y 71.

Para VIVAS, el escritor tuvo que escribir esta parte “para darse una licencia sin la cual no había ni editores ni libro: Contar, con pelos y señales pero también con cursi pudor, su primer revolcón sexual con la diva” [Seis Puntos de Oro: Gisela Valcárcel con histriónica performance en pantallas ajenas].

²¹⁸ Pero, en una entrevista realizada, el abogado defensor señalaba, lo contrario: “‘El libro no ofende, no causa un daño irreparable y quienes lo han leído se sorprenden al ver que no hay nada truculento, inmoral o pornográfico’. ‘¡Ah, si el futbolista Casaretto hablara!, ¡si Oscar de León hablara!...’. ‘¡Si yo hablara, doctor!’”, agrega Carlos” [TENORIO, Pedro. La intimidad en el caso de Gisela. En: Revista Caretas. <http://www//rep.net.pe/CARETAS/1999/1557/gisela/gisela.htm>].

²¹⁹ MORALES GODD, Juan. Los personajes públicos y el derecho a la intimidad. Op. cit. p. 12.

En todo momento se refiere a Gisela Valcárcel, que tenía un programa que se llamaba ¡Aló, Gisela! y que era conocida como la ‘Señito’.

Algo similar ocurrió con A. E. Hotchner, amigo entrañable de un célebre escritor, quien incluyendo citas exactas tras grabaciones magnetofónicas de sus conversaciones y cartas que se enviaron, escribió la obra Papá Hemingway.

Para la esposa de Ernest esta novela constituía una violación de su vida privada, de su intimidad. Para la Corte de Apelaciones de Nueva York, al ser la señora Hemingway, figura pública no estaba protegida por este derecho²²⁰. Este punto de vista, como ya lo vimos, no se encuentra dentro de los cánones constitucionales: la correspondencia no pertenece solamente a quien la recibe sino también a quien la envía (parte de *vertrauensphäre*). Además, existían hechos contados que no sólo pertenecían al autor de El viejo y el mar, sino también a su cónyuge; es una porción de su *privatsphäre*. Se debe tomar en cuenta, también, que no hubo consentimiento por parte de ésta para su divulgación, no pudo realizarse la publicación del libro sin afectar la vida privada de la demandante.

Como ya señalamos, la existencia de personas con una proyección pública no obsta para que se reconozca su derecho a la vida privada. Pero parece que esto no ha sido entendido así por el periodismo.

En 1965, François Gilot publicó un artículo titulado Vivir con Picasso, considerando que al ser Pablo Ruiz Picasso, un hombre público e ‘histórico’ podía ingresar en su vida privada sin problema alguno, relatándose recuerdos por parte de un modelo del pintor durante 10 años. Y pese a la solución que podamos imaginar, el juzgador señaló la irresponsabilidad del demandado puesto que sólo

²²⁰ Caso Hemingway c/ Randon House, 29 appellations Div. 2d.6333, 1968, confirmado en 23 New world 2d. 341- 1968, rec. por Juan MORALES GODO. El *right of privacy* norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Op. cit. p. 180.

se protegerá a la persona “en el caso de que la ofensa presente un carácter intolerable”, componente que no está presente en este caso²²¹.

Asimismo, así sea la afectada una vedette no puede argumentarse que no posee este derecho fundamental y menos aún escribirse el artículo como si fuera ella misma la autora.

Un semanario parisino publicó sin permiso alguno, una serie de artículos denominados Mi vida, por Marlene Dietrich, que hacían suponer lógicamente que habían sido escritos por la propia actriz cinematográfica. Para el juzgador galo, “los recuerdos de la vida privada de cada individuo pertenecen a su patrimonio moral y nadie tiene el derecho de publicarlos, sin su autorización previa”²²², razón por la cual obligó pagar al semanario una fuerte indemnización.

Independientemente de la veracidad de la información publicada (según la resolución parece que era auténtica), en este caso se evaluó básicamente la falta o existencia de consentimiento. Una buena salida para el juzgador, ya que con eso le bastaba la comprobación de esta carestía para que, tomando en cuenta la ausencia del interés del público en la vida de esta persona con proyección pública, señala la responsabilidad de quienes emitieron el discurso.

2.7.1.3. En los reportajes

²²¹ Sentencia de la Corte de París, del 05 de julio de 1965, rec. por Jorge A. CARRANZA. Los medios masivos de comunicación y el derecho privado. Op. cit. pp. 55 y 56.

²²² Corte de París, Sentencia del 16 de marzo de 1955, rec. por Arturo VALENCIA ZEA. Los derechos de la persona (o derechos humanos) en el nuevo Código Civil del Perú de 1984. Op. cit. p. 219; Jorge A. CARRANZA. Los medios masivos de comunicación y el derecho privado. Op. cit. p. 53; Porfirio BARROSO ASENJO. Límites Constitucionales al Derecho de la Información. Op. cit. p. III.

En algunas oportunidades, se ha recordado la vida de las personas a través de reportajes. Éstos si bien son dados por algún medio periodísticos, requieren de un tiempo amplio de preparación e investigación, y también merecen ser considerado como una forma de recuerdo.

A comienzos del siglo XX, William James Sidis fue considerado como un niño prodigio y gozó de gran popularidad durante algunos años. Luego resolvió abandonar su notoriedad para buscar un empleo modesto, llevando una vida simple y sencilla, lejos de su gloria pasada. Sin embargo, en 1937, *The New Yorker* lo regresó a la fama, pero ya no con los bríos antiguos, sino contando con realismo y crudeza, aunque con simpatía, su conmovedora historia. Para el juzgador, alejándose del ya usado derecho al olvido, consideró que las desventuras y fragilidades de los personajes públicos son objeto de considerable interés por parte del resto de la población²²³. Discrepamos con la decisión del juzgador puesto que si bien existe un atractivo de las personas por saber algo de quien rememoran, existe más un acto de mera curiosidad -tal vez insana- por saber de los demás, sin ningún motivo de desarrollo colectivo para sí.

2.7.2. *False light*

Este término propuesto por Prosser, no está referido solamente a casos de imaginación como los que revisaremos en el caso de la situación relacional entre información y honor sino también con el 'juego del contexto'. Decíamos que la información para ser considerada como verdadera debe ser analizada dentro de un contenido global adecuado. No es posible hacer aparecer un hecho con un tenor cuando si es que posee uno contrario o completo.

²²³ Sentencia estadounidense, Caso Sidis c/ F-R Publishing Corp, 113 F. 2d. 806 (2d. Circ.), de 1940, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 310.

Presentar una verdad a medias -que en realidad es una inexactitud- no puede ser considerada como una información en el sentido estricto del derecho puesto que no se cumple cabalmente con su contenido esencial: la veracidad.

Los tribunales estadounidenses expresaron que, basándose en la investigación de un periodista que consiguió una foto en la que aparecían niños cuyo padre había fallecido de manera trágica dentro de su domicilio y sin presencia de su madre, se podía desprender un abandono y pobreza por parte de esta última, lo cual no era cierto²²⁴.

2.8. Difusión de informaciones a través de internet y vida privada en general

En este tema el desarrollo ha sido muy limitado, y creemos que como ya se inició el ataque al honor -léase, el caso Faisal- no falta mucho para encontrar una relación idónea entre la información y la vida privada.

En este punto consideramos muy interesante la adopción de la Constitución española de la protección de la vida privada, y también del honor, respecto a los nuevos medios técnicos: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos” (artículo 18.4).

Es, igualmente, importante en el mundo de hoy, ver cómo se trafica con la vida privada de los famosos. No es difícil observar en internet cómo se ofrecen, previo pago, fotos de diversas actrices, modelos o cantantes ‘descubiertas’ en alguna situación engorrosa gracias a la cámara de algún *papparazzi*.

3. Información y honor

Existen casos en que una información afecta el honor de una persona, aún sin afectar la vida privada. Estos últimos son los que interesan revisar en este punto. Es decir, analizaremos posibilidades que en un hecho real, fáctico entra en situación de concomitancia con el honor.

A diferencia de lo que ocurría con la vida privada en la que se exigía la existencia de una información objetivamente veraz; en este caso, el afectado si considera que la noticia brindada sobre él es falsa (haciéndola pasar como verdadera, lógicamente), podrá alegar el perjuicio producido en su honor.

3.1. Acceso a informaciones y honor en general

Si bien la protección del Derecho se centra en un acceso a las informaciones, sobre todo las administrativas, que no logre afectar la vida privada de las personas, también es lógico solicitar que esta actividad comunicativa tampoco perjudique el honor.

Así, si uno busca informes judiciales sobre un proceso determinado, la autoridad debe ser lo suficientemente perspicaz como para percatarse que lo que va a entregar daña el honor de un tercero pueda excusarse de su obligación.

3.2. Difusión de información a través de medios privados y honor en general

²²⁴ Caso Cantrell c/ Forest City Publishing Co., del Tribunal Supremo estadounidense, rec. por Xavier O' CALLAGHAN MUÑOZ. Libertad de expresión y sus límites. Op. cit. p. 89.

La transmisión de sucesos en círculos cerrados de la sociedad, sin el uso de los medios periodísticos, también permite que se afecte el honor de las personas. Por, el contenido de estos derechos debe ser materia de bisección de aspectos tutelados.

3.2.1. Actitudes sospechosas

Cuando una persona solamente denuncia hechos en contra suyo (entre los cuales señala las actitudes sospechosas de alguien) se está haciendo uso del derecho a la información.

Por eso, nuestra Jurisprudencia ha señalado claramente que “no puede estimarse como acto constitutivo de calumnia si en el proceder de la querellada no se aprecia un ánimo de perjudicar el honor de terceros, sino el de denunciar un atentado contra bienes muebles de su propiedad o posesión”²²⁵.

Igualmente, no existe intención de afectar el honor, si la persona emite un discurso informativo con el fin de que se investigue una situación incierta²²⁶.

3.2.2. La afirmación de un delito

Claramente presentado por el Código Penal, se tipifica como punible el hecho de que alguien atribuya a otro un delito. Esto es la calumnia.

²²⁵ Sentencia de la 10ª Sala Penal de la Corte Superior de Lima, Ejecutoria Superior del 18 de marzo de 1993. Expediente n° 98-93, rec. por MINISTERIO DE JUSTICIA. Sistema Peruano de Información Jurídica. Op. cit.

El artículo 131, agrega al tipo base de la injuria, un elemento claramente objetivo, cual es la atribución falsa de un delito, o como diría Marciano, “calumniar es imputar delitos falsos”²²⁷.

El dispositivo del Código Penal vigente difiere del derogado (artículo 187 del Código de 1924), en el cual se requería que la imputación del delito se realizara ante autoridad competente ya que “pareciera que el legislador ha querido diferenciar el tipo penal de calumnia del artículo 131 de la denuncia falsa del artículo 402”²²⁸. Así, el bien jurídico honor se encuentra muy relacionado con otro, tal como señala Berdugo Gómez de la Torre: “mientras que en la calumnia se protege únicamente el honor, en la acusación y denuncia falsa, el bien jurídico es doble: el funcionamiento de la Administración de Justicia y el honor personal”²²⁹. Bastante cercano a la configuración del delito de denuncia falsa²³⁰ se encuentra la responsabilidad civil por denuncia calumniosa²³¹.

Desarrollando un poco más este delito, para el juzgador debe haber pruebas más allá del dicho del supuesto afectado. Por eso se dice que se debe comprobar la veracidad de lo afirmado: la denuncia debe ser un hecho real, ante autoridad competente y no un simple discurso entre privados.

En 1992, dos miembros de la Asociación Civil San José de Monterrico se vieron envueltos en un proceso por afectación del honor. Según Óscar Morán, Raúl Flores lo había ofendido en una asamblea de la institución, e incluso lo había denunciado ante autoridad competente, lo cual fundamentaba la calumnia. Sin embargo, para el juzgador no logró comprobar nada de lo sucedido dentro de la asamblea, pero sí encontró como medio probatorio idóneo una carta en la que se

²²⁶ Caso Augusto Orosco y otros c/ Rosario Zavaleta y Delia Higa, Sentencia de la 1ª Sala Penal de la Corte Superior de Lima, de 1990, Expediente 343-90, rec. por Libro de Resoluciones de la Sala Penal (mar. - may. 1990), p. 1257.

²²⁷ “*Calumniari est falsa crimina intenderé*” (Digesto, 48, l. 1).

²²⁸ URQUIZO OLAECHEA, José. Los delitos contra el honor en el nuevo Código Penal. Op. cit. p. 217.

²²⁹ Temas de Derecho Penal. Op. cit. p. 265.

²³⁰ Artículo 402 del Código Penal: Comete delito “[e]l que denuncia a la autoridad un hecho punible, a sabiendas que no se ha cometido, o el que simula pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal o el que falsamente atribuye delito no cometido o que ha sido cometido por otro.

²³¹ Artículo 1982 del Código Civil: “Corresponde exigir indemnización de daños y perjuicios contra quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible”.

refería “al querellante en términos lesivos a su dignidad y honor”, razón por la cual se condenó al ‘calumniador’²³².

Pero, si se comprobaba indiscutiblemente la falsedad de la acusación sí existe un motivo lógico para configurar la calumnia. Un ejemplo de este tipo sucedió cuando un joven interpuso, en julio de 1986, denuncia ante la Duodécima Comisaría de la Guardia Civil de La Victoria, imputándole a otra persona el delito de secuestro, por lo cual fue detenida y puesta a disposición de la Policía de Investigaciones del Perú, siendo este hecho difundido a través de los diarios El Popular y La Tercera. Con las investigaciones se comprobó que la intención del secuestro nunca existió puesto que ambos estuvieron juntos por voluntad propia, y solamente con un motivo perjudicial se realizó la mencionada denuncia, declarándose lógicamente la irresponsabilidad del acusado, el mismo que había interpuesto una querrela, lográndose condenar al calumniador²³³.

En otro caso, asimismo, se ha señalado que la imputación que se haga del delito debe ser perfectamente acreditada, no bastando la palabra del supuesto afectado, tal como lo ha reconocido la Jurisprudencia Nacional²³⁴. Aquí recién se van afilando los conceptos adecuados y requeridos para la calumnia, a diferencia del proceso anterior.

En otras oportunidades, se presenta mayor cantidad de elementos de juicio para pobrar la veracidad de los hechos imputados. Ya no sólo se dice que delito que se cometió ‘eres un ratero’- sino se hace referencia específicas sobre el mismo, haciendo más delicada la cuestión.

En un caso de Jurisprudencia Nacional, una persona acusó a otra de haberle robado una ‘ficha de inscripción de teléfono’, motivo que bastó para que aquella se

²³² Caso Óscar Morán Farfán c/ Raul Flores Bellido, Sentencia de la 9ª Sala Penal de la Corte Superior de Lima, de 1992, Expediente 278-92, rec. por Libro de Resoluciones (ago. - sep. 1992). t. 3, p. 835.

²³³ Caso José Alfonso Campos Chávez c/ José Luis Rázuri Vilca, Sentencia del 6º Juzgado de Instrucción de Lima, de 1988, Expediente 112-A-88.

²³⁴ Ejecutoria Suprema del 05 de abril de 1944, rec. por Revista de los Tribunales. Lima (1944). p. 275; y Caso Ricardo Peña Guerrero y otros c/ Augusto Aldemán De Los Ríos y Gustavo Walter De Los Ríos, Sentencia del 6º Juzgado de Instrucción de Lima, de 1988, Expediente 322-88.

sienta afectada en su honor por ésta. El juzgador absolvió al acusado, tomando en cuenta la falta de acreditación del delito²³⁵.

Pero un proceso más interesante encontramos que dos mujeres solicitaron a la Prefectura de Lima, garantías personales para buscar protección frente a un individuo sindicado como autor de una tentativa de violación de domicilio, de intimidad personal, de libertad sexual y otros, en perjuicio de ellas. El implicado sintió que se afectó su honor. Sin embargo, en las dos instancias que se analizó el caso se absolvieron a las acusadas, *obiter dictum* que tras la solicitud de garantías y la investigación policial llevada a cabo por la delegación de Monserrat, se concluyó en el otorgamiento de las mismas, base suficiente para que se configure como verosímil la información vertida²³⁶. Entonces existía un motivo razonable para solicitar medidas como las requeridas, sin que ello busca o tenga la intención de afectar el honor del querellante.

3.2.3. Información bajo forma de expresión

En algunas oportunidades las personas intentan señalar solamente una opinión sobre alguien, pero en vez de ello lo que hacen es emitir una información, razón por lo cual su discurso es plausible de ser contrastado con la realidad.

Eso sucedió en una Jurisprudencia Nacional, en la cual un juez condenó a una persona que gritó a otra, palabras soeces (‘eres una prostituta, una mujerzuela y te has acostado con toda la administración pública’) en la puerta del domicilio de

²³⁵ Caso Mario Arracue Cruzado c/ Erasmo Javier Zárate, Sentencia del 2º Juzgado Penal de Lima, de 1993, Expediente 104-93.

²³⁶ Caso Walter Hugo Pérez Navarro c/ Ana María Ahumada Díaz y Paola Díaz, Sentencia de la Corte Superior de Lima, de 18 de junio de 1997, Expediente 3352-97.

En el mismo sentido (realizar la denuncia con una base fundada), Sentencias de la Corte Superior de Lima, Expediente 297-91 (Tercera Sala Penal), del 17 de junio de 1991; Expediente 34-93 (11ª Sala Penal), del 25 de febrero de 1993; y Expediente 98-93 (12ª Sala Penal), confirmada en la Ejecutoria Suprema, del 18 de marzo de 1993, rec. por Victor PRADO SALDARRIAGA. Todo sobre el Código Penal. Lima: IDEMSA, 1996. t. II, p. 205. Pero si “la verdad del hecho denunciado no es probada, y si por él la persona a quien se le atribuye no es sancionada, después de la incriminación, conteniendo las imputaciones por apropiación ilícita, elementos de índole delictual que no se han probado ni acreditado, se colige la malicia y falsedad de las mismas con las que obró el actor” [Sentencia del 8º Tribunal Correccional de Lima, Expediente 257-88, rec. por Felipe VILLAVICENCIO. Código Penal. Op. cit. p. 329].

esta última, es decir en plena vía pública y a las doce del día, según lo confirmaron varios testigos²³⁷. Estas insinuaciones sobre la actitud proba de una persona atacan directamente su honor, pero no como expresión sino como una información, puesto que el querellado debió conocer ‘algo’ de la persona afectada – comprobar que la otra tenía sexo por algún beneficio-, cosa que no logró probar en el proceso. Es más, así sea verdad la información, la forma cómo se difundió indica la intención de dañar el honor.

En un caso similar, la sentencia fue en la misma dirección, condenándose por injuria a quien ejerció abusivamente su derecho a la información. Al realizarse un partido de voley, un señor insultó a unas vecinas, con cuya familia existía rivalidad (tanto así que horas antes del encuentro de la net alta, las partes había firmado un acta de transacción ante el Juez de Paz Letrado de Collique para evitar las agresiones entre ellas), señalando que madre e hijas eran unas ‘putas’ y se dedicaban al tráfico de estufacientes, en voz alta y con gestos matonescos²³⁸.

3.2.4. Testigos en proceso administrativo

Independientemente del contenido de una información éste debe ser difundida a un cierto público para que puede existir afectación de un derecho como el honor.

En 1986, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima a través de la Comisión de Procesos Administrativos abrió un proceso contra Blanca Leyva Cárdenas por presuntas irregularidades en el desempeño de sus funciones como Jefe de la Unidad de Escalafón. Los integrantes de la citada comisión para el debido esclarecimiento del proceso, citaron como testigos al personal que de una u otra manera estuvieron vinculados con la investigada, siendo así que los procesados depusieron sobre hechos acontecidos dentro del ámbito

²³⁷ Caso Luisa Amanda Arenas Villanueva c/ Walter Rolando Sánchez Calisaya, Querrela por difamación e injuria, Sentencia del 27º Juzgado de Instrucción Penal de Lima, de 1983, rec. por Libro Archivador de Sentencias del Juzgado (abr. – dic, 1983), p. 76.

²³⁸ Caso Rosalvina Vilchez Segura c/ Segundo Próspero Mundaca Vargas, Querrela por difamación y calumnia, Sentencia del 6º Juzgado de Instrucción de Lima, de 1988, rec. por Libro Copiador de Sentencias del Juzgado (año 1988), p. 664. También esta línea, Casos Tomasa Nina Tito, Teófilo Mamani Osco c/ Carlos Rosales Soto y otros, Sentencia del 6º Juzgado de Instrucción, de 1988; y, Regina Luz Marina Carrasco de Vera c/ Cristina Coraldino Roca de Manfredi, Querrela por injuria, Sentencia del 32º Juzgado de Instrucción de Lima, de 1995, rec. por Libro Copiador de Sentencias del Juzgado (año 1995), p. 19.

administrativo. Justamente sobre esta narración de hechos versa el proceso. Según el juzgador, el testigo es inocente no sólo debido a que “al ser interrogados por la Comisión indicaron alguna de las cualidades de las querellantes, también lo es porque este procedimiento es de carácter reservado, y en el que no ha existido ánimo de ofender el honor ni dignidad de las personas sometidas a investigación administrativa”²³⁹. Por lo tanto, en este caso no existe afectación al honor y el supuesto se encuentra dentro del derecho a la información.

3.2.5. El valor de una correspondencia

Un medio que aparece como una forma ideal para dañar el honor, aún cuando sean muy pocos los casos en la Jurisprudencia, es el de las comunicaciones interpersonales en forma de correspondencia.

Existe un caso, en el que una persona envió una comunicación epistolar solamente solicitando que le aclare con relación a las críticas vertidas por la receptora respecto a la gestión de aquél en el desarrollo de una empresa. Este pedido fue considerado, creemos infundadamente, por Elizabeth Quintanilla como un acto que afectaba su honor, requerimiento que fue examinar correctamente por el juzgador para declarar la absolución del emisor de la misiva, basándose en que “no existe ánimo de afectar con una imputación delictiva falsa el honor del accionante”, y menos de hacerla pública²⁴⁰.

3.3. Difusión de informaciones a través de medios periodísticas y honor en general

Pero, la principal forma de concomitancia entre honor e información, se da cuando esta última se transmite a través de medios de comunicación social de índole periodístico.

²³⁹ Caso Blancas Leyva Cárdenas y Gilda Matta Vásquez c/ Carlos Diez Arenas y otros. Ejecutoria Suprema del 03 de abril de 1989. Expediente nº 1307-88 / Procede de Lima. Delito de difamación, calumnia e injuria, rec. por MINISTERIO DE JUSTICIA. Sistema Peruano de Información Jurídica. Op. cit.

²⁴⁰ Caso Elizabeth Del Rosario Quintanilla Fonseca c/ Juvenal Rodríguez Chávez, Querrela por difamación, calumnia y difamación, Sentencia de la Corte Superior de Lima, del 17 de noviembre de 1997, Expediente 6402-97.

3.3.1. Jugando con la vida

Existe un caso en que nuevamente las bromas pueden ser motivo de un cierto malestar por parte del afectado por las mismas, más aún si una de éstas se refería a la muerte de una persona.

Se trataba de que en 1977 en el diario La Nación, dentro de su sección Avisos Fúnebres, subsección Misas y Funerales, un anuncio comunicaba el fallecimiento de Ángel Aldama, invitándose a sus amigos a la misa de cuerpo presente a realizarse en la iglesia San Carlos. Sin embargo, esta noticia se trataba tan sólo de una pesada broma que se había realizado al hombre del Club Gimnasia y Esgrima. Si bien el juzgador consideró que se afectaba la vida privada del desconcertado personaje (la injerencia se debe que dentro de este bien jurídico debe incluirse la aflicción ajena)²⁴¹, desde nuestro punto de vista, lo que ha existido es la vulneración de su honor.

3.3.2. La actividad privada

A veces si bien la persona puede no ser de proyección pública, el hecho que la envuelve sí puede serlo.

Las horrendas y desagradables actuaciones del Servicio de Inteligencia Nacional - SIN- han hecho que se vuelvan públicas muchas personas, objeto de los abusos y vejámenes de esta entidad. La gran mayoría de éstas alcanzaron notoriedad a causa de sus muertes, como los estudiantes de la Universidad de La Cantuta, los

²⁴¹ Sentencia de la Sala C de la Corte Nacional Civil argentina, del 22 de abril de 1981, Caso Ángel Aldama c/ Souvenir Publicidad SRL y otro, rec. por Isidoro GOLDENBERG. La responsabilidad civil derivada de la lesión del derecho a la intimidad. Op. cit. pp. 394 y 395.

pobladores de Barrios Altos o Mariela Barreto. Pero hubo una oportunidad en que una de ellas sobrevivió y pudo contar su historia.

La tortura de Leonor La Rosa trajo una serie de especulaciones sobre el verdadero motivo de los maltratos recibidos y de sus declaraciones brindadas. Una investigación sobre este caso fue realizada por La Revista Dominical, haciendo de conocimiento general una parte de la vida pasada de la ex-agente. El centro de nuestra investigación será saber si este aspecto contribuye o no al ‘desarrollo colectivo’ de los peruanos.

Según el informe, cuando La Rosa laboraba en el SIN mantuvo una relación sentimental con un Coronel del Ejército, relacionada con esta institución. Entonces, el despecho podía aparecer como una de las razones para que haga pública las denuncias sobre el trabajo interno del SIN. Si bien la Sala Superior Penal de Lima arguyó la irresponsabilidad penal de Nicolás Lúcar, como director del programa, y de Elsa Úrsula, como reportera, ésta se basó erradamente en el requisito inexistente del *animus difamandi*²⁴². Creemos que el análisis de la información brindada debió centrarse en otra cuestión: asumiendo la diligencia debida en la noticia propalada, se examinará si una información verdadera puede llevarnos o no al ejercicio abusivo de este derecho de comunicación del discurso.

En este caso es claro que la información está encuadrada en lo que hemos denominado como una forma de ‘desarrollo colectivo’. Enterarnos de una verdad que envuelve a una de las instituciones más cuestionadas, ayudará a la mayoría de peruanos a decidir correctamente sobre la continuidad o no de un régimen que use al SIN como su principal argumento de poder. En este caso, consideramos que la noticia sobre esta relación amorosa de la ex-agente encajaría perfectamente en lo que el interés del público reconoce como propio.

²⁴² Caso Leonor La Rosa Bustamante c/ Nicolás Lúcar de la Portilla y Elsa Úrsula Picón. Sentencia de la Sala Superior Penal de Lima, del 18 de junio de 1998, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 84 y 85.

Pero en otras oportunidades, los periodistas sí se han centrado en la actividad de una persona con proyección pública, pero en el campo doméstico (fiestas en su domicilio) o personal (expulsión de un club). Partiendo de la base de la veracidad de la información, trataremos de analizar la existencia de eficacia para el ‘desarrollo colectivo’ de dichas noticias.

Entre los meses de mayo y junio de 1996, César Hildebrant, refiriéndose al reportaje de Patricia Arriera, que propaló a través de su programa La Clave, de Global Televisión, señaló que era lógica la molestia por parte de los vecinos de Francisco Diez Canseco, al señalar que éste realizaba constantemente en su domicilio fiestas bailables que traían consigo fuerte ruidos y destruían la tranquilidad de la zona residencial en que vivían. Para el miembro del Consejo de la Paz, una afirmación de este tipo mellaba su honor como persona y como ciudadano. Para el juzgador, quien concluyó en la absolución de Hildebrant, “el querrellado sólo se dedicó a encausar el sentir de las personas a quienes en otro momento entrevistó”, más aún si no usó términos que afectaran el honor de Diez Canseco²⁴³. Como decíamos, asumiendo la veracidad de la información (el juzgador señala también que “lo propalado son las versiones de los vecinos quejosos y por tanto de ser hechos falsos, serían éstos los responsables”), el centro del análisis será la trascendencia social o no de esta noticia.

¿Es realmente importante para la sociedad lo señalado respecto al político? Como respuesta categórica, señalamos que sí. Suponiendo que quien afectara la tranquilidad de una comunidad, a través de grandes y bulliciosas reuniones sociales, sea un particular, la noticia ya será importante; con más razón habrá de ser imprescindible el esmero del respeto por sus vecinos de quien se jacta de ser protector de los derechos ciudadanos. Si no acata las reglas mínimas de convivencia, menos autoridad moral tendrá para referirse a los grandes problemas nacionales. Por lo tanto, consideramos la noticia difundida como un claro ejemplo de desarrollo colectivo.

²⁴³ Caso Francisco Diez Canseco Távora c/ César Hildebrandt Pérez Treviño, Sentencia de la Corte Superior de Lima, de 25 de junio de 1997, Querrela por difamación e injuria, Expediente 2678-97.

En otro proceso nacional, también César Hildebrant fue denunciado, pero esta vez por Enrique Chirinos Soto por haberse difundido en el programa del primero que el congresista “habría sido separado o expulsado como socio del Club Nacional a raíz de un incidente protagonizado en el interior de la institución social citada, precisando que se encontraba en estado etílico”, razón por lo cual el juzgador -y basándose en que la información es un pilar democrático- absolvió al periodista²⁴⁴. No estamos de acuerdo con esta sentencia, puesto que si bien la vida de un congresista suele ser de interés general, base para que el público tenga un desarrollo colectivo, una noticia de este tipo sólo logra perjudicar el derecho al honor del afectado.

En un país vecino, se realizó un reportaje respecto a la vida de la asesora presidencial de hace unos años destacándose el papel que tuviese en ella -ya fallecida- su marido cubano, y que, según las investigaciones, se encontraba ligado al aparato de seguridad de Fidel Castro.

Ante esta noticia vertida por la revista *Qué Pasa* en 1995, el Presidente de la Cámara de Diputados presentó una denuncia ante el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación señalándose que dicha información afectaba la vida privada de la hija de Salvador Allende, causándose “daño y dolor injustificado a la familia de la fallecida”, tras señalarse la carencia de relevancia social. Para los representantes de la revista, ella era un personaje con proyección pública, que se había desempeñado como asesora de su padre y que el reportaje se limitaba a predominar la indagación sobre su cónyuge.

Para resolver la controversia, el Consejo buscó determinar si el reportaje agravó o no el honor de Beatriz Allende. Se indicó, respecto del reportaje, que “podrá aceptarse o no las tesis que se invoca, repugnarse el rigor de su análisis, negarle la categoría de un periodismo de investigación, pero no encuentra [...] expresiones ofensivas a la señora Allende o a su familia”. Además considera que el suicidio de la asesora es un acontecimiento notorio y que las referencias al marido de la

²⁴⁴ Sentencia de la Sexta Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, del 03 de septiembre de 1999, Caso Enrique Chirinos Soto c/ César Hildebrant Pérez Treviño, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 95.

señora Allende pueden criticarse por su falta de rigor, pero la trama política en el que se plantean es indesmentible. Como vemos, en el fallo fue determinante el contexto político en el que se situaba el reportaje, que de alguna manera hacía permisible la difusión de aspectos de la relación de pareja de la señora Allende, siempre que no se llegara a la publicación de expresiones injuriosas.

3.3.3. La adecuada atención a los niños

El tratamiento con respecto a los menores de edad debe ser, como ya lo hemos señalado, algo más consecuente con su mayor protección dentro de la sociedad.

Existen casos en que la información respecto al actuar de ellos debe ser tomado con un interés real de la sociedad de conocer sobre los hechos en que están involucrados, nunca por una mera curiosidad.

En la Jurisprudencia Comparada, encontramos un suceso verdaderamente vetusto, que, sin embargo, nos servirá para ejemplificar ciertas cuestiones. En un periódico se presentó la siguiente noticia: “Fraile raptor y suicida (por telégrafo). El 17 de septiembre, por la noche, fugóse de su convento de capuchinos el padre Fulgencio Novelda, vicepresidente y profesor de Física del Colegio que ellos dirigen, llevándose consigo a la bellísima señorita M^a Josefa Mussó Garrigues, de quien había tenido escandalosa sucesión tres meses antes. Al ser sorprendido a su entrada en Lorca por un tío de ésta, el mencionado religioso atentó contra su vida, quedando muerto en el acto. Ella fue devuelta al seno de la familia”²⁴⁵. Sin embargo, el propio medio una semana después se rectificó. Ésta fue la razón para que el apoderado de la menor demandara al diario una indemnización por daños y

²⁴⁵ Diario El Liberal. Madrid, septiembre de 1912, p. 01.

perjuicios. Por ser la línea conceptual de la época -inicios del siglo XX-, el juzgador consideró que debía sentenciar según “los principios jurídicos que informan nuestro Derecho común, si no se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida, cual sería el abandono de un elemento social de primer orden como la mujer al capricho de la pública maledicencia”, habiéndose dejado a la afectada “despojada de todos sus títulos de pudor y honestidad, que la hacían acreedora a la estimación pública por presentarla de modo evidente y escandaloso culpable de fuga del hogar paterno y de amancebamiento sacrílego consumado, con todas sus consecuencias naturales, inhabilitando por efecto de la pública exposición del hecho calumnioso en periódicos de gran circulación [...] que hacen la rectificación imposible tanto por la imborrable impresión que causa en el ánimo de los lectores cuanto porque la reproducción de todo suelto injurioso hecho en la prensa, según reiterada jurisprudencia, la responsabilidad de quien la produce”²⁴⁶.

En otra Jurisprudencia Comparada, esta vez gala, nos encontramos con la publicación realizada en un semanario bajo el título de Los amores secretos de Claude François y de Francis Gall. Justamente el honor de esta última, menor de edad, buscó ser protegido a través del pedido de su padre para el secuestro, *saisie*, de los ejemplares de la revista, pedido que fue acogido por el juzgador, centrándose entre otras cosas, en que si bien el otro implicado no acude a la judicatura, no existe renuncia de éste último, puesto que ésta “no se presume y porque ella no puede resultar de una actitud puramente pasiva del titular del derecho”²⁴⁷.

El punto de vista en que se centra el juzgador difiere entre las dos sentencias anteriores. La segunda, siguiendo la tradición de su país, se centró en el consentimiento que existió para la publicación, sobre todo, del que no demandó. La primero, en la afectación en sí misma. Pero ambos llegan a una misma solución: la protección de los menores en estos casos.

3.3.4. Centrándonos en la noticia

²⁴⁶ Sentencia de los tribunales hispanos del 06 de diciembre de 1912, rec. por Jesús GÓNZALEZ PÉREZ. La degradación del derecho al honor. Op. cit. pp. 24 y 25.

²⁴⁷ Sentencia de la Corte de París, del 07 de abril de 1965, rec. por Jorge A. CARRANZA. Los medios masivos de comunicación y el derecho privado. Op. cit. p. 54.

Algunas veces se informan sobre cuestiones en el que están involucrados particulares, razón por la cual los periodistas suelen ‘inflar’ un poco la noticia para hacerle atrayente al público.

Podemos encontrar un caso de la Jurisprudencia Comparada, en el que para informarse acerca de una persona que ganara un premio, un medio de comunicación social señaló que “[l]a joven aguileña, Mariam Mariscal, que normalmente viste sin sujetador, decidió de repente utilizar esta prenda y, al ir a comprarla, se encontró con que venía acompañada de un millón de pesetas, parece que a modo de recompensa por decidirse a vestir con arreglo a la moral tradicional”. Una afirmación de este tipo afectivamente perjudica el honor puesto que es totalmente ‘innecesario’ para transmitir la noticia. En esta misma línea estuvo la judicatura al considerar que esto tergiversaba la imagen pública de la joven y señalar categóricamente que las ventas nos puede llevar, desmedidamente, a exagerar una noticia para concitar la atención del público²⁴⁸.

Frente a ello, en un caso de Jurisprudencia Nacional, en uno de sus programas, la conductora televisiva Gisela Valcárcel, dedicada a analizar el tema de los maridos infieles, presentó a María Rodríguez Gayoso, como “la otra, quien ha tenido relaciones con muchos hombres casados”. Si bien éste no es uno de los *talk show*, es muy común en la televisión de hoy presentar a alguien, calificarlo y derrumbarlo públicamente sin realizar una investigación adecuada sobre la materia. La afirmación que realizara la conocida ‘Señito’ sobre la invitada es una que no cumple con los requisitos básicos de un información: no existe una debida diligencia y no se puede ir manifestando públicamente una cosa como cierta cuando no se tiene seguridad plena sobre el contenido de la misma. Por lo tanto, discrepamos con la sentencia absolutoria dada²⁴⁹.

²⁴⁸ Este es el caso de la Jurisprudencia española (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988).

²⁴⁹ Caso María Rodríguez Gayoso c/ Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez. Sentencia de la Sala Superior Penal de Lima, del 31 de marzo de 1998, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 83.

Además, en otras oportunidades, las informaciones que se presentan sin ser escandalosas o fraudulentas, también pueden ser objeto de análisis respecto a la posible afectación al honor de una persona.

En El Comercio apareció una noticia según la cual un establecimiento comercial “había sido clausurado por ser Chichódromo ilegal y por carecer de licencia de funcionamiento”. El dueño de dicho local sintió que le vulneraban su honor con esa información, motivo por el cual acudió a la vía judicial, dentro de la cual se señaló que la noticia vertida formaba claramente parte del derecho a la información, el mismo que aparece en la Constitución como un principio esencial de un Estado de Derecho²⁵⁰. Consideramos que una sentencia de este tipo mantiene la vigencia de las informaciones, debido a que el interés del público en una noticia relacionada con lugares como el mencionado, es muy alto. Además, en este caso, según parece la noticia era más que veraz, verdadera.

Frente a este caso, encontramos otro ocurrido en la Ciudad Heroica, en el diario Caplina se anunció que “Ciudadano está sorprendiendo a la colectividad tacneña”²⁵¹, señalándose que un individuo se encontraba recolectando medicinas gratis para beneficio personal con cartas falsas. Esta noticia carecía de veracidad, estaba falta de diligencia debida, razón por la cual el juzgador condenó al periodista querellado²⁵².

3.3.5. El discurso comercial

Una cuestión más complicada puede suceder si se busca encontrar la responsabilidad de los medios de comunicación social cuando se emiten comerciales que pueden haber afectado el honor de una persona.

²⁵⁰ Sentencia de la Sexta Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, del 10 de diciembre de 1997, Caso Juan Alarcón Vela c/ Aurelio Miró Quesada Sosa y Alejandro Miró Quesada Garland, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 96. En el mismo sentido, Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Lima, del 03 de julio de 1997, Caso Víctor Aspíllaga Temple c/ Pablo Mosquera (se imputó al querellante que en su condición de director de la empresa Corporación Zárate, había vendido terrenos de propiedad del Estado, como parte de una mafia de traficantes del terrenos).

²⁵¹ Edición del 17 de febrero de 1997.

²⁵² Sentencia del juzgado en lo penal de Tacna, del 04 de julio de 1997, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 101.

El caso que nos concita ahora se centra en un proceso iniciado por un ciudadano que se vio involucrado en un spot publicitario promovido por la Asociación Civil La fuerza de la ley y aparecido en dos canales de televisión, en el que se sindicaba como terrorista y se ofrecía una recompensa por su ubicación. Revisemos tres cuestiones distintas sobre la resolución final de este caso, que terminó favoreciendo al promotor de la demanda²⁵³. Una es la afectación propiamente dicha; la segunda es contra quién se dirige la acción y la última la vía procedimental utilizada.

Sobre el primer punto parece ser muy claro el perjuicio al honor por parte del titular de este discurso, puesto que, como el propio juzgador señala, el aludido, abogado de profesión, “no ha sido condenado por delito de terrorismo ni está sujeto a investigación policial, favoreciéndolo -además- la presunción de inocencia”.

El primer aspecto relevante de la sentencia es que se acepta la legitimación pasiva de los dos canales de televisión, y según el juez, “si bien las televisoras ofrecen la contratación de servicios publicitarios, la libertad de trabajar y contratar debe desarrollarse respetando los derechos de las personas no pudiendo vulnerar su honor y buena reputación, ni poner en peligro su integridad física”. Una decisión totalmente infundada e irracional: el control sobre la publicidad no debe referirse al contenido de lo brindado pero sí sobre la forma (según banda de horarios y ‘obvio’ respeto por la persona), más aún si tomamos en cuenta el tipo de mensaje que se estaba brindando. Pero, además la sentencia señala que “las autoridades policiales son las encargadas de la persecución y captura de los ciudadanos en mérito a las órdenes impartidas por las autoridades legalmente constituidas, más no por instituciones o personas civiles como es el caso de la asociación La fuerza de la ley”, razón por la cual los encargados de los medios no pueden permitir estos tipos de anuncios.

²⁵³ Sentencia del Sexto Juzgado de Instrucción de Lima, de 1991, Caso Tito Valle Travezagio (representado por Alfredo Victor Crespo Bragaynac) c/ Compañía Latinoamericana S.A. -Canal 2- y Andina de Radiodifusión S.A. -Canal 9-, rec. por Libro Copiador de Sentencias del Sexto Juzgado de Lima de 1991. p. 41.

Pero aún más original es la vía utilizada para protegerse el honor: el Hábeas Corpus. El uso de esta figura no es tan novedosa en el medio²⁵⁴ pero lo que sí es sorprendente es la declaración de su procedencia y, es más, la afirmación de culpabilidad de alguien -en este caso, de empresas-. El sentido de su uso se centró en que los autorizados para solicitar la detención de una persona están debidamente señalados por la Constitución²⁵⁵, y no puede perjudicar la libertad personal, aparte del honor, una organización civil como fue la que lo requirió. Consideramos bastante discutible esta solución, y aunque finalmente se logró una adecuada protección del honor de una persona, discrepamos de los considerados responsables y más aún de la vía procedimental utilizada.

3.3.6. Infiriendo la acusación

Los políticos siempre están en el ‘ojo de la tormenta’. Si bien en muchas oportunidades no ejercen cargo político alguno, una noticia sobre ellos siempre puede traer algunas consecuencias sobre su actividad y su idoneidad, ya sea para bien o para mal, así ésta se refiere a ellos de manera indirecta y ambigua.

Cuando se presentaba una información respecto al caso del narcotraficante Reynado Rodríguez López, se señaló que estaban involucrados con él algunos ministros y políticos, mostrándose de manera simultánea a la emisión del texto sonoro, una fotografía del ex-ministro del Interior, Luis Pércovich Roca, y del ex-segundo vicepresidente, Javier Alva Orlandini²⁵⁶, lo cual fue juzgado por éste como un atentado en su honor. Se declara fundada la demanda porque, según el juzgador, hubo un daño moral a los políticos por exhibir una información falsa,

²⁵⁴ Durante la época de vigencia de los Estatutos de Prensa se iniciaron diversos procesos para solicitar la derogatoria de esta norma a través del Hábeas Corpus, aunque todos fueron declarados improcedentes. Así, los Casos Óscar Díaz Bravo y Raúl Bueno y Tizón c/ Estado peruano, Expediente 208/69, Sentencia de la Tercera Sala Correccional de Lima, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 149; y, Sentencia de la Corte Suprema de 1969, Caso Federación Nacional de Periodistas del Perú y Asociación Nacional de Periodistas c/ Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, rec. por Cuaderno 208, Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia, p. 302.

²⁵⁵ Según el artículo 2.20.f de la Constitución de 1979, vigente en esa época (similar a lo expuesto por el artículo 2.24.f actual), “[n]adie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en flagrante delito”.

²⁵⁶ Dentro de un reportaje emitido por el programa I+I, de Canal 9.

aún cuando no se haya mencionado expresamente el nombre de éste²⁵⁷. En este punto, debemos recordar el tema de las inferencias, estudiadas *supra*. Además es sorprendente el uso de la vía civil para la protección del honor, puesto que Alva Orlandini acudió a la responsabilidad extracontractual para salvaguardar su derecho fundamental.

3.3.7. El reportaje neutral

Todos estos casos nos llevan al grado de diligencia debida a los periodistas cuando reproducen una información. No nos centraremos en el impulsor primario de la información, sino de quien lo hace pública.

El reportaje neutral es uno de los principales casos de deber de diligencia por parte de los periodistas. Es la *Neutral Reportage Doctrine*. Para este caso, “el deber de diligencia se cumple con la constatación de la verdad del hecho de la declaración pero no se extiende en principio a la constatación de la veracidad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible por lo general al autor de la declaración”²⁵⁸.

Entonces, el reportaje neutral, para Smolla, requiere de cuatro requisitos²⁵⁹: las imputaciones deben ser realizadas en un contexto que sea noticiable por sí mismas; el discurso debe provenir de cualquiera que se encuentre en una controversia pública; los cargos estarán referidos a una persona de proyección pública; y, el reportaje debe ser correcto (ajustado a la verdad y sin sesgos interesados).

²⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema, del 26 de julio de 1991. Expediente 387-88, Procede de Lima, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. pp. 167 y 168.

²⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español 52/1996, de 26 de marzo.

Como antecedente a ésta se encuentra la doctrina del Reportaje honesto (o *Fair Report Privilege*), la misma que debe estar ajustada a verdad y no sesgada, que se refiera a una acción de algún poder público que actúe como tal, y que cite textualmente la fuente oficial de información de que se trate.

²⁵⁹ *Law of Defamation*, cit. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 152.

Por ende, no existirá reportaje neutral si es que el medio de comunicación social hace suya la noticia, o cuando no sólo se limita a la publicación o reproducir, en general, dicho discurso.

3.3.7.1. Comunicaciones oficiales

Debemos analizar si reproducir un comunicado oficial es cumplir o no con el deber de diligencia.

Por ello, es esencial lo resuelto en el caso Julio Campillay c/ La Razón y otros. Éste trata sobre tres diarios que publicaron una noticia, sin mencionar la fuente, reproduciendo un comunicado de la Policía Federal, en la que se descubría una organización de ladrones y narcotraficantes, del que se desprendía que era parte el demandante, y que luego fue sobreseído en sede penal. En este caso, se debe comprobar la veracidad de la fuente o su contenido. Por lo tanto, la Corte consideró imprudente la actuación del diario, al ser eximentes de responsabilidad²⁶⁰: propalar información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizar un tiempo de verbo potencial y dejar en reserva la identidad y la individualización de los implicados en la nota periodística.

Un caso similar podemos encontrar en el país, aunque no ha sido materia jurisdiccional. Éste es el caso de Juan Mallea, taxista de religión protestante, que fuese sindicado como terrorista y autor del múltiple asesinato de La Cantuta, por

²⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, 1986-C-411, Sentencia de 15 de mayo de 1986, y analizada por Emilio J. CÁRDENAS. Reflexiones comparadas sobre algunos aspectos de la libertad de prensa (A propósito de 'Campillay, J.C. c. La Razón, Crónica y Diario Popular'). En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, t. 1986-C (1986). pp. 984 y ss.; Ramón Daniel PIZARRO. Responsabilidad de los medios de prensa. Acerca de la denominada doctrina 'Campillay'. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, t. 1998-D (1998). pp. 1306 y ss.; Miguel Ángel EKMEKDJIAN. El derecho a la dignidad y la libertad de prensa. Op. cit. pp. 981 y ss.; Gregorio BADENI. Libertad de prensa. Op. cit. pp. 359. Un amplio análisis de esta sentencia también puede encontrarse en Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. pp. 49 y ss.; Juan Antonio TRAVIESO. La libertad de expresión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 892

Este criterio fue mantenido en las Sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Caso Gutiérrez Arcaya c/ Clarín, del 07 de julio de 1986 y de la Corte Suprema, Caso Héctor Costa c/ Municipalidad de la Capital (1987-B-267, del 27 de marzo de 1987), atenuada en las Sentencias de la Corte Suprema, Casos Triacca c/ Diario La Razón y Granada c/ Diarios y Noticias, de 1994 ("el informador, al precisar aquélla, deja en claro el origen de las noticias y permite a los lectores atribuir las no al medio a través del cual las han recibido, sino a la específica causa que las ha generado").

lo tanto su foto en traje a rayas puede ser visto en periódicos de credibilidad²⁶¹. Sin embargo, medio año después, cuando fue puesto en libertad al quedar demostrada fehacientemente su inocencia, esta información pasaba casi desapercibida en ellos. Ante ello, en otro proceso, la Jurisprudencia Nacional ha señalado que “carece de relevancia penal la información periodística que se limita a hacer de conocimiento público la detención policial de personas a quienes la policía sindicaliza como vinculados a actos de terrorismo, y a las cuales se les siguió proceso penal en el que fueron absueltas”²⁶².

3.3.7.2. El mensaje desde la clandestinidad

En un afamado caso nacional, encontramos que la emisión de reportajes que involucraban a un militar, puede llevar consigo la afectación de su honor: a través de la transmisión de dos crónicas relacionadas con los abusos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas en la lucha antiterrorista, se señalaba como el principal responsable de dichos actos a un General de Brigada del Ejército Peruano, sobre todo tomando en cuenta la declaración de un supuesto policía que hablaba sin ser identificado, bueno, esto lo hacía así por motivos obvios y escudándose en el secreto profesional de los periodistas.

En el programa En Persona, que se transmitía en Canal 4, América Televisión, dirigido por César Hildebrant, se emitieron dos reportajes realizados por Cecilia Valenzuela, que involucraban directamente al General Clemente Noel como autor de múltiples violaciones de los derechos humanos a través de la lucha antisubversiva cuando éste era Jefe Político de la Zona de Emergencia de los departamentos de Ayacucho, Apurímac y Huancavelica.

²⁶¹ Ediciones de El Comercio y Expreso, del 23 de julio de 1993.

²⁶² Décimo Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima, Expediente nº 20-91, Ejecutoria Superior del 3 de junio de 1991, rec. por MINISTERIO DE JUSTICIA. Sistema Peruano de Investigación Jurídica. Op. cit; Víctor PRADO SALDARRIAGA. Código Penal. Op. cit. t. II, p. 206.

En otro caso nacional se ha señalado que “el querrellado se limitó a la transcripción textual de artículos de suplementos publicados por los referidos medios de comunicación nacionales y con el propósito de difundir una noticia que ya era pública en el Perú, sin añadir opinión personal alguna sobre sus contenidos que pudiera considerarse como una apreciación subjetiva y sesgada de dichos artículos o una opinión del querrellado” [Caso Gustavo

El primero de ellos²⁶³, se iniciaba contando cómo tras la fuga de unos asaltantes en Lima, uno de ellos se encontró, tras su huida, con la patrulla bajo las órdenes de un Comandante que asumiendo que eran terroristas, abaleó indiscriminadamente contra el delincuente. Además, detuvo a tres jóvenes que pasaban por el lugar de los hechos por el cargo de ser ‘terroristas’, sin prueba alguna. La interrogante que se planteaba la reportera era si el Ejército estaba ahora llena de asesinos. Para responder esta inquietud, surgió un policía que estuvo en una zona de emergencia con el rostro cubierto, y contó su experiencia: “Me remonto a los hechos, en el año 82, a mando del General Noel, todos ejecutábamos personas, y él mismo ejecutaba personas, y si no lo hacíamos, simplemente se nos tildaba de cobardes. Una muestra de ello es que sacaba personal de los calabozos y en helicópteros los descolgaba en sogas y los deslizaba en plena Cordillera de los Andes. Así es, en la 77 Comandancia Sinchis Ayacucho también se han hecho ejecuciones, lógicamente comandada por los oficiales y las podemos mostrar nosotros a través de una primicia a través de fotografías”, mostrando tomas de un calabozo subterráneo, lugar donde se realizaban las martirios a los sospechosos. Para el testigo anónimo, estas actividades habían ocasionado problemas mentales en él y sus compañeros: “Le voy a hablar de los que me he enterado, porque con ellos muy poco me veo. Estrictamente, tres personas tuvieron serios problemas. Uno se mató, otro mató a su esposa y otro mató en la calle a varios individuos”.

En el segundo reportaje²⁶⁴, que buscaba desmentir una apología de una revista pro-gubernista de la efectividad del Ejército, se señalaba que “entre 1983 y 1984 cuando se desarrollaba, según la revista Oiga, la exitosa campaña del General Noel, hubo en Ayacucho 1406 atentados terroristas, en Huancavelica, 375 y entre Lima y Trujillo, esto no corresponde a la gestión de Noel, 666”. Además, en una nueva entrevista con el policía del reportaje anterior, éste señaló que “confirmando, y he traído otro documento más que prueba de que en la época en que asumió el señor Clemente Noel como Jefe Político Militar, existió graves excesos en lo que concierne a la lucha antisubversiva”, señalando la existencia de los denominados

Mohme Llona y otros c/ Héctor Ricardo Faisal Fracalossi, Sentencia del 20º juzgado Penal de 26 de julio de 1999, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 97]. Discrepamos con esta solución.

²⁶³ Emitido el 30 de junio de 1991.

‘cementorios de terroristas’: “Justamente ésta es la laguna de Tocto, queda de Ayacucho, más o menos a unas dos horas, como quien ir a La Mar. En esta laguna se tiraban los cadáveres”. Finalmente, afirmaba cómo se trabajaba en la época de este general: “Bueno, quien habla y todos los colegas que estuvieron en esa época hacíamos cuross en Cabitos. Un curso por demás criminal en donde era gloria para aquel que tenía un dedo o mataba a alguien. En Cabitos, se ha cometido las más grandes atrocidades en lo que al Departamento de Ayacucho se refiere, y no podemos, pues, venir a última hora a decir a la ciudadanía de que es mentira lo que se afirmó; es cierto”.

En la querrela presentada por Noel, señalando como responsables de su afectación al honor, a Hildebrant y Valenzuela, desmentía completamente todos los hechos señalados. Los periodistas se escudaron en el secreto profesional y en el interés nacional de la investigación presentada. Reconociendo la preferencia del derecho a la información, y el ejercicio legítimo de un derecho, el juez Felipe Villavicencio absolvió a los acusados²⁶⁵. Sin embargo, luego es declarado nulo todo lo actuado, volviéndose a emitir sentencia, la cual considerando el dolo de los procesados (“por acción consciente y voluntaria, difundieron noticias, atribuyendo al agraviado [...] conducta delictiva”), reservaron el fallo condenatorio²⁶⁶. La Corte Superior, sin asumir criterio novedoso alguno, confirmó la resolución²⁶⁷. Felizmente en la Corte Suprema, se regresa a la pauta del ejercicio legítimo de un derecho, aunque utiliza un razonamiento bastante discutido: si bien las informaciones “no fueron comprobadas ni corroboradas de modo alguno”, su emisión “no puede constituir el delito imputado a los periodistas querrellados, ya que ellos no atribuyeron los hechos, cualidades o conductas perjudiciales al querellante”, siendo responsable “aquél cuya identidad no fue presentada según el secreto profesional y obvias razones de seguridad”, y no los periodistas puesto que “el delito de difamación sólo puede realizarse en forma comisiva y personal, del que responde el autor por acción y no por omisión”. En consecuencia, declararon haber nulidad, absolviendo a los acusados²⁶⁸.

²⁶⁴ Emitido el 14 de julio de 1991.

²⁶⁵ Caso Roberto Clemente Noel Moral c/ César Hildebrant Pérez Treviño y Cecilia Expediente 102-91, Sentencia del Tercer Juzgado de Instrucción de Lima, del 07 de octubre de 1991.

²⁶⁶ Nueva sentencia de primera instancia, del 21 de agosto de 1992.

²⁶⁷ Sentencia del 08 de marzo de 1993.

Así, en un última instancia, se ha señalado de manera bastante peculiar la doctrina del reportaje neutral. Para Urquiza Olaechea, la sentencia final contiene dos errores²⁶⁹: si bien niega la responsabilidad de los periodistas, luego la justifica; y, refutan algo que es fácticamente imposible de desmentir, los periodistas sí se encuentran informando, por más que sea otro el que exprese el discurso perjudicial.

Además, podemos encontrar un precedente estadounidense muy afamado en el que una actividad policial puede ser objeto de una información bastante detallada y que sin embargo debe ser considerada como necesaria. Es más en caso de que la información pueda contener ciertos errores, éstos deben permitirse por la calidad de personaje conocido involucrado.

Este caso se originó cuando, luego del vejamen sufrido por Martin Luther King y los estudiantes negros que lo apoyaban luchando en el Alabama State College (*Committe to Defend Martin Luther King and the Struggle for Freedom in the South*), un periódico realizó un reportaje sobre el tema²⁷⁰, el mismo que realizaba, luego de avalar el movimiento, una enumeración de las vejaciones que eran objeto los manifestantes por parte de la Policía y el sector judicial. Según supo percatarse Sullivan, Supervisor de Asuntos Públicos y Comisionado del Cuerpo Policial de Montgomery, Alabama, principal responsable de los atropellos, la noticia contenía ciertas inexactitudes, las mismas que afectaban el funcionamiento de la Policía, razón por la cual demandó a la empresa editora del diario y a cuatro representantes del comité. En última instancia y tras haber estado perdiendo el caso el *New York Times*, el Tribunal Supremo Federal estadounidense estableció la doctrina ya explicada en el Capítulo Quinto (*actual and real malice*), absolviéndose a los acusados²⁷¹. Estamos de acuerdo con la conclusión a la que llega el Tribunal, aunque no tanto con la forma.

²⁶⁸ Expediente 822-93-B, Procede de Lima, Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, del 18 de abril de 1994.

²⁶⁹ Conflicto de derechos: honor y libertad de expresión. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Lima, año II, n° 3 (ene - jun. 1994), pp. 308 y 309; también analizada por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 176.

²⁷⁰ *Heed their rising voices*. En: *New York Times*, 29 de marzo de 1960.

²⁷¹ Precedente estadounidense *New York Times c/ Sullivan* (376 US 254, 1964), rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 30; Jordi BONET. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 320; Pablo SALVADOR

En otro caso, el periódico *American Opinion*, asociación de la derecha radical, señaló respecto a un abogado (el cual iba a demandar civilmente a un policía tras su condena penal por la muerte de un miembro de la familia Nelson), que era artífice de una confabulación contra dicho gendarme, que lo seguían considerando como inocente, además de ser un comunista incurable²⁷². El abogado se sintió dañado en su honor y acudió al Poder Judicial. El juzgador señaló que *John Birch Society*, editora del diario, era inocente debido a que el presumible afectado no había probado su intención de faltar a la verdad²⁷³. Discrepamos con la resolución.

3.3.7.3. Anuncio de terceros

Pero esta situación no sólo se da respecto a discursos de índole policial, sino en cualquier ámbito de la vida. Cualquier tipo de mensaje reproducido puede dar lugar a la responsabilidad de los periodistas, si no actúan con la diligencia debida.

Así, la transcripción del contenido de un comunicado suscrito por el presidente de la Asociación de Defensa del Consumidor, valió para que el Presidente de la Región Chavín se sintiera afectado en su honor e interpusiera una denuncia contra los periodistas y el dueño de radio Contacto. Como se llegó a determinar que el discurso poseía un contenido perjudicial consideramos correcta la solución a la que se llega en este caso: partiendo de la irresponsabilidad penal del propietario de la emisora radial, se concluye que “los periodistas se limitaron a leer el documento

CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 255; Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARD. responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. p. 69; Francisco EGUIGUREN PRAELI. La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. pp. 64 y 65.

Esta postura ha sido seguida, además, por la Suprema Corte argentina en el caso Óscar Pandolfi R. c/ J. R. Rajneri (1997), rec. por Francisco EGUIGUREN PRAELI. La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. Op. cit. p. 65; por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 6/1988, de 21 de enero.

²⁷² Artículo *Frame-Up: Richard Nuccio and the War on Police*.

²⁷³ Caso Gertz c/ Robert Welch, Inc., 418 US 323 (1974), rec. por Manuel JAÉN VALLEJO. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Op. cit. p. 32; Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 263.

[...]. Por tanto no hay *animus injuriandi* ni *animus jocandi* en su accionar [...]. Quien suscribió el documento leído, posee *animus difamatorio*²⁷⁴.

En sentido contrario, se presenta el caso de que a una persona le graben sus declaraciones en la calle y luego sea propalado a través de la radio. Para el juzgador, la responsabilidad no es del particular sino de quien difundió el mensaje²⁷⁵.

3.3.7.4. La incorporación de un anuncio

En todos los casos presentados, el reportaje neutral aparece meridianamente claro. Sin embargo, como se señalara, si el periodista agrega un comentario personal a la información, se logra desvirtuar la figura.

En un caso de Jurisprudencia Nacional, una persona se sintió afectada por las declaraciones expresadas por los querellados a un periodista local. Sin embargo, el juzgador consideró que “las declaraciones por las que el querellante se considera agraviado no constituyen versiones directas de los querellados sino que corresponden a la exclusiva redacción del periodista”²⁷⁶, es decir si este último incluyó algún tipo de comentario, por más insignificante que le pueda parecer al momento de redactar una entrevista, esto cambia la situación del consultado, y el discurso deja de pertenecerle, como sucede en el reportaje neutral, y asume la responsabilidad el periodista.

3.3.8. El ámbito de protección social

²⁷⁴ Sentencia del Primer Juzgado Penal de Santa, de 07 de julio de 1999, Caso Freddy Renato Moreno Neglia c/ Robin Muñoz Tamaris, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 83.

²⁷⁵ Caso Leonidas Salas Torrely c/ Duilio Fuentes Fuentes, Expediente 2070/82, Procede de Arequipa, Sentencia de la Corte Suprema, de 1983, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 160.

²⁷⁶ Caso Nemesio Walter Torreblanca Salinas c/ Luis Cáceres Velásquez y Miguel Flores Barreda Lanza, Sentencia de la 3ª Sala Penal de Arequipa, de 1994, Exp. 17-91-D/3ra SP, rec. por Libro de autos 1994-II de esta Sala Penal de Arequipa.

En este punto, va a situarnos en lo que se requiera para que una información afecta el honor de una persona. Decíamos que si no se señala nada factual a través de un discurso, sino simplemente se cuenta un hecho anecdótico respecto a un caso, no se puede tener por afectado el honor, menos aún si es de un político. Menos aún se realizará este perjuicio, si se cumple con una veracidad subjetiva.

En el diario Hoy²⁷⁷ se señalaba que Vicente Díaz Arce empleó dolosamente el beneficio del Certex y que era cuñado del ex-senador y ex-segundo vicepresidente, Javier Alva Orlandini. Éste se sintió perjudicado, tras señalar que no existía esa relación de parentesco con el implicado. Se absolvió al periodista puesto que de forma inmediata se dio cuenta de su error, ya que no era cuñado pero sí compadre, y tomando en cuenta que no se había nada apuntado negativo del político²⁷⁸. Nos parece acertada esta resolución, sobre todo si tomamos en cuenta que toda información debe incluir una verdad subjetiva y no una objetiva.

Además, debemos recordar que los hechos no solamente pueden estar referidos a hechos de relevancia para toda la sociedad, sino también siguiente la simetría, respecto a un determinado grupo dentro de ella.

Es igualmente relevante otro suceso nacional. Un periodista del diario La República señaló que la alcaldesa de Trujillo había sido sancionada y expulsada del partido y había sufrido un desplante por parte del presidente peruano Alan García cuando fue a recibirlo en el aeropuerto. Ésta se sintió afectada en su honor, motivo por el cual acudió a la judicatura, la cual consideró que “existió de parte del periodista el ánimo de dañar la imagen del funcionario público, no sólo como alcaldesa, sino como miembro de su partido”²⁷⁹. Respecto a esta sentencia, discrepamos con Ugaz Sánchez-Moreno cuando señala que el juez “dejó entrever que el querellado había incurrido en delito por haber ofendido no sólo a una

²⁷⁷ Edición dominical del 25 de agosto de 1985.

²⁷⁸ Sentencia del 07 de febrero de 1987, Expediente 17/85, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. pp. 163 y 164.

alcaldesa, sino, lo que aparentemente sería una agravante, a una militante del Partido Aprista Peruano”²⁸⁰, en virtud de que cuando nos referimos al contenido esencial del honor -su simetría-, dijimos que ésta debe observarse no sólo en la sociedad en su conjunto sino también dentro de un grupo humano determinado, como puede serlo, fácilmente, el interior de un partido político.

3.3.9. Rectificando un hecho difundido

Primero, debemos analizar qué tipo de instrumento es la rectificación. En el Derecho Comparado se le han relacionado con otras figuras. En estricto, la respuesta²⁸¹ es el género y la rectificación²⁸² conjuntamente con la réplica, las especies.

En un paradigmático caso de la Jurisprudencia Comparada, el demandante pretendía un espacio en el programa del demandado para responder a las consideraciones dadas por Frondizi, ex-presidente argentino, que si bien no se referían directamente a Ekmedjian éste consideró que se le podía reconocer, el conductor del programa negó la respuesta, lo que motivó un Amparo, el mismo que fue acogido por el juzgador al considerar que en la rectificación está en juego un interés general²⁸³.

²⁷⁹ Caso Miriam Pilco Deza c/ Biaggio Dileo Villacorta. Sentencia del 5º Juzgado Penal de La Libertad, del 14 de septiembre de 1987.

²⁸⁰ Prensa juzgada. Op. cit. p. 115.

²⁸¹ Recogida en las Constituciones de Portugal, artículo 37.4. Andorra, artículo 12. El Salvador, artículo 6 y Brasil, artículo 5.V. Bajo la denominación de corrección. Constitución de Croacia, artículo 38.4.

Sobre este derecho genérico, revisar, Eiel C. BALLESTER. Derecho de respuesta (Réplica. Rectificación): El público, la información y los medios. Reglamentación. Ejercicios del derecho. Publicación contestables. Procedimiento. Prensa. Medios. Radio. Televisión. cinematografía. Buenos Aires: Astrea, 1987. p. 04 (la respuesta es la “facultad de contestar alusiones periodísticas de manera pronta y gratuita, en los órganos de publicidad que las difundieran”); Santos CIFUENTES y Marta FERNÁNDEZ. Rectificación, respuesta, réplica. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, t. 1990-E. p. 254.

Según se señaló en Suiza, “el derecho de respuesta es la expresión y la consecuencia de los derechos de la personalidad en general [...]. Toda persona debe poder justificarse a los ojos de la opinión, cuando los medios han divulgado, a su respecto, alegaciones que atentan contra sus intereses personales” [*Comisión d’expert pour l’examen de la protection de la personnalité en droit civil. Rapport final*](Berna, 1974), rec. por Alicia OLIVEIRA y Sofía TISCORNIA. Justicia penal y libertad de prensa. Informe sobre Argentina. En: ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Justicia penal y libertad de prensa. Op. cit. t. II, p. 32].

²⁸² Además de nuestra Constitución, otras latinoamericanas como las de Colombia, artículo 20.b, Paraguay, artículo 28 (o aclaración), Guatemala, artículo 35 (defensas y aclaraciones), Ecuador, artículo 19.4.b y Chile, artículo 19.12.b.

²⁸³ Caso Miguel Ekmedjian c/ Bernardo Neustadt y otros. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, 1989-II-384, rec. por Eduardo A. ZANNONI y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. pp. 214 y ss.; Juan Antonio TRAVIESO. La libertad de expresión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Op. cit. pp. 893 y ss.

Así, la respuesta aparecerá como todo tipo de contestación que se realice frente a un discurso que nos parezca inadecuado. Si el discurso es de tipo expresivo, estaremos ante una réplica; si es de tipo informativo, ante una rectificación. El problema es que muchas veces se han confundido los términos.

El marco adecuado en el que se encuentra la rectificación es la respuesta: con ésta se “favorece el debate, asegurando un diálogo real, sin necesidad de favorecer ni emitir juicio sobre ninguna postura política en particular”²⁸⁴. Además, la rectificación “potencia la veracidad informativa, la permitir el contraste de varias versiones sobre los hechos”²⁸⁵.

Entonces, cuando esta respuesta se refiere a una información, se le debe entender como rectificación. Ésta debe proceder “sólo respecto a noticias o información de hechos que aluden al afectado, en tanto éste les atribuye falsedad, error o carácter agravante a su persona”²⁸⁶. De esa forma, se podrá “equilibrar jurídicamente al ciudadano con el inmenso poder de influencia sobre la opinión pública que ostentan los medios de comunicación”²⁸⁷ y lograr la “realización del derecho del particular a informar, aunque no disponga de un medio de difusión”²⁸⁸, haciéndose presente cada vez más la teoría del *drittwirkung* de los derechos fundamentales.

Quienes pueden ejercer este derecho no es solamente la persona directamente aludida sino también, en caso de haber fallecido, sus herederos o representantes de éstos²⁸⁹.

Centrémonos en la rectificación. Ésta, según la Norma Constitucional, consiste en una corrección respecto a la información que afectó a la persona llevada a

²⁸⁴ BOUZAT, Gabriel. Libertad de expresión y estructura social. Op. cit. p. 99.

Con la respuesta se promueve el fortalecimiento de la sociedad, en tanto permite la discusión democrática [Ibid. p. 101], y en el caso de específico de la réplica su mayor validez dependerá de su valor persuasivo [BALLESTER, Eiel. Derecho de respuesta. Op. cit. p. 7].

²⁸⁵ BONET, Jordi. El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Op. cit. p. 68.

²⁸⁶ ZANNONI, Eduardo A. y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Op. cit. pp. 214 y ss. p. 213.

²⁸⁷ PERLA ANAYA, José. El derecho constitucional de rectificación. P. 10.

²⁸⁸ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y derecho a la información. Op. cit. p. 151.

cabo de manera gratuita²⁹⁰ (sin costo para el afectado), inmediata²⁹¹ (en la edición siguiente al pedido o con una demora no mayor a lo estrictamente indispensable) y proporcional²⁹² (en la forma y dimensión que la errada).

Pero a veces la probanza de la inexactitud de la información es bastante complicada puesto que quien la deberá probar ha de ser el propio interesado en la rectificación.

Salvador Coderch hace un análisis de lo que a veces puede ocurrir en dicha probanza²⁹³: el solicitante podrá alegar en algunas oportunidades que la única manera de probar la falsedad es accediendo a los 'procesos editoriales'²⁹⁴, lo mismo que afectaría la confidencialidad de las fuentes informativas. Por ello no debe aceptarse una doble cobertura de los medios de comunicación social: o se acogen a la presunción de verdad o al secreto profesional.

Por último, en caso de que efectivamente se rectifique la información, el afectado, según la propia Constitución, podrá hacer uso de otros mecanismos de protección de sus derechos²⁹⁵ como los que explicaremos a continuación o al Amparo mismo.

²⁸⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Las libertades informativas en la Constitución Española de 1978. Op. cit. p. 101.

²⁹⁰ En términos similares, Constituciones de Ecuador, artículo 19.4.b y Chile, artículo 19.12.b.

²⁹¹ En el mismo sentido, Constitución de Portugal, artículo 37.4 (eficacia).

²⁹² Asimismo, Constituciones de Portugal, artículo 37.4 (igualdad), Paraguay, artículo 28 (en el mismo medio y en las mismas condiciones), Colombia, artículo 20.b (equidad), Brasil, artículo 5.V y Chile, artículo 19.12.b (según condiciones de ley y en el mismo medio). Es más en el debate constituyente, FERRERO COSTA y CHIRINOS SOTO propusieron 'con las mismas características' en vez de proporcional [Quinta Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Lima, 25 de enero de 1993. www.congreso.gob.pe].

²⁹³ SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 294

²⁹⁴ Así lo ha señalado la Jurisprudencia estadounidense en el Caso *Herbert c/ Lando*, 441 US 153 (1979): los demandantes por libelo pueden investigar las decisiones editoriales incluido el estado mental de editoriales y periodistas [rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 293].

²⁹⁵ En algunas Constituciones se hace referencia específica a instrumentos específicos: aparte de la rectificación sólo podrá existir la indemnización por daño material, moral o a la imagen (Constitución de Brasil, artículo 5.V) o un proceso por derechos compensatorios (Constitución de Paraguay, artículo 28).

Tal como hemos señalado, la rectificación debe estar dirigida simplemente a dar a conocer la verdad de los hechos, sin agregar una opinión dentro de la misma, porque si no se convertiría en una réplica.

Pero ello no parece haber sido entendido por la Jurisprudencia Nacional de la época militar. En 1974, el diario La Prensa publicó una noticia en la cual se señalaba la adquisición de un nuevo jet de Faucett, aprobada por el Ministerio de Aeronáutica, señalando que la aprobación la realizó el Ministerio de Transportes, información que distaba de la verdad. A los pocos días, el periódico corrigió el error, pero el Ministerio de Transportes insistió en la publicación de una agresiva nota aclaratoria en la que se afirmaba que dicho diario participaba en una ‘campana de mentiras e insidias’ contra el gobierno, razón por la cual, los directores de La Prensa se negaron a publicar esta respuesta debido a que la consideró ofensiva, tras haberse corregido el error inicial. Como todo buen fallo de una dictadura, en la sentencia se ordenó que se publique la rectificación propuesta por el ministerio²⁹⁶.

Existe un caso más actual -durante la vigencia de la Constitución de 1993- en el que los demandados, director y reportera del programa La Revista Dominical, respectivamente, habían señalado que el demandante había participado en la adquisición de unos bonos a favor de una empresa (Centro Latinoamericano de Asesoría Empresarial, CLAE), la misma que estaba involucrada en un sonado -y millonario- caso de estafa, que involucró a ingente cantidad de personas. El demandante, por tanto, consideraba que la información vertida afectaba su honor. En la sentencia se hacen dos precisiones: la primera es que la vía adecuada era la civil y no la penal como se había planteado; la segunda, que previamente debió haberse acudido a la rectificación, apareciendo ésta como vía previa de aquélla. Por ello, la Corte Suprema declaró nula la sentencia de la Undécima Sala Penal Superior de Lima, la cual resolvía la inadmisibilidad de la demanda, pero consideraba que la vía idónea era la penal²⁹⁷. Sobre este tema, Abad Yupanqui

²⁹⁶ Sentencia de un juzgado de primera instancia, Hábeas Data, Caso Ministerio de Transportes c/ La Prensa, de 1974.

²⁹⁷ Caso Vladimir Paz de la Barrac/ Nicolás Lúcar y Roxana Cueva, Sentencia de la Corte Suprema, procede de Lima [rec. por Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Op. cit. pp. 252 y ss.; César LANDA ARROYO. Los procesos constitucionales en la Constitución peruana de 1993. En: ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año IX, nº 18 (1999), p. 27].

señala atentamente que “preocupa constatar el escaso aporte doctrinario y pedagógico que dicha resolución evidencia ante un problema tan polémico como es el empleo del Hábea Data”²⁹⁸.

3.3.10. Delitos y más delitos

En una gran cantidad de casos, los periodistas se han preocupado de asuntos de interés nacional, que en algunos de ellos, involucraban a un persona de proyección pública. Trataremos de ver en qué medida debe ponerse un límite a esta actividad en beneficio del honor de los involucrados.

3.3.10.1. Estafa

Nuevamente el interés de público recobra atención en este aspecto. Los ‘padres de la patria’ son unos de los principales centros de observación por parte de la población. Si bien cada congresista es la mejor -por ser más directa- delegación de una persona en el gobierno, mejor dicho, representación de la Nación, no están sujetos a los controles que el propio pueblo quisiera imponerles ni a mandato imperativo²⁹⁹. Esta híbrida relación hace que estemos interesados en su comportamiento en la práctica de sus funciones.

Por eso consideramos perfectamente lícito que se convoque a programas periodísticos, esos que quisiéramos que existiesen nuevamente en la televisión, a personas que conozcan alguna acción indebida de los congresistas, para que sea

En la misma línea, Caso Sanguinetti c/ Gustavo Mohme y otros, Sentencia del Juzgado Penal [rec. por Juan MORALES GODD. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. *Op. cit.* pp. 258 y 259; César LANDA ARROYO. Los procesos constitucionales en la Constitución peruana de 1993. *Op. cit.* p. 27]. El afectado expresaba que los diarios La República, El Comercio, Expreso y Super Ídolo se negaron a publicar una carta rectificatoria, por lo que sus directores eran responsables. Los demandados contestaron que no se podía rectificar la noticia puesto que ésta era verdadera y no se afectaba el honor del denunciante. Al final se declaró inadmisibile la demanda.

²⁹⁸ Hábeas Data y conflicto entre órganos constitucionales: Dos nuevos procesos constitucionales. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Lima, n° 10 (1994). p. 272.

descubierta la verdad. Sin embargo, a Armando Villanueva del Campo, alto dirigente aprista y congresista en innumerables oportunidades, no le agradó la actitud de un periodista como César Hildebrant cuando entrevistó a dos individuos procesados por estafa y que lo involucraron en dicho delito³⁰⁰. Felizmente la decisión del juzgador fue correcta al señalar la inocencia del acusado porque “se ha desvirtuado la intención dolosa de los responsables de dicho reportaje”³⁰¹. Lógicamente el propósito de esta crónica era presentar diversos argumentos para conocer la exactitud de los hechos. No se concluía la intervención del querellante en el delito, tan sólo se dejaba constancia de un comentario. Por lo tanto, acogemos la solución finalmente dada a este tema por la Jurisprudencia Comparada: “el medio de comunicación debe acreditar la veracidad del hecho de que determinada persona ha realizado determinadas manifestaciones, no bastando simplemente la observancia de un mínimo de diligencia en la contrastación de la noticia, como sucede, en general, cuando se informa sobre hechos o circunstancias de imposible constatación indiscutida; es exigible, además, una perfecta adecuación con la realidad, esto es, con el hecho mismo de la declaración”³⁰².

3.3.10.2. Narcotráfico

Un caso muy importante en el ámbito nacional fue en el que estuvo involucrado Gustavo Zevallos y el periodistas Nicolás Lúcar. El conductor de la desaparecida Revista Dominical, luego de una investigación exhaustiva, logrando declaraciones de testigos y conocidos del ex-presidente de Aero Continente, pruebas policiales, indicios comprometedores y teniendo entrevistas con el propio investigado, se

²⁹⁹ Artículo 93 de la Constitución.

³⁰⁰ El mismo periodista fue denunciado en otra oportunidad por el mismo motivo, aunque el querellante ya no era un congresista: la entrevista que realizaba (esta vez a Werner Boggiano y a Gloria Davis, implicados en un proceso también de estafa), incluía los nombres de una persona como parte de una organización delictiva, la cual se sintió afectada en su honor. El Tribunal superior señaló que “los denunciados no han atribuido a la denunciante en forma directa y personal un hecho, una cualidad o conducta, que perjudique su honor o reputación, y que sean distintas a aquellas vertidas en las testimoniales” de los entrevistados, razón por la cual lo declararon inocente [Caso Lucía del Pilar Villanueva Ortega de Muro c/ César Augusto Hildebrandt Pérez Treviño y otros, Expediente 363-90, Sentencia de la Primera Sala Penal de Lima, de 1990].

³⁰¹ Sentencia de la Corte Suprema, del 07 de septiembre de 1992, Caso Armando Villanueva del Campo y Lucía de Villanueva c/ César Hildebrant Pérez Treviño y otros, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 174; José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 85.

llegó a la conclusión de que la relación entre Zevallos y el narcotráfico era ‘veraz’³⁰³.

Entonces, nos encontramos ante un ejercicio legítimo del derecho a la información. Sin embargo, el juez dictó una medida cautelar por la cual no podía emitirse ningún reportaje respecto a Zevallos, amparándose en el artículo 317 del Código de Procedimientos Penales³⁰⁴. Esta resolución (recordamos) propició la derogación de dicha norma³⁰⁵.

Existe otro caso de lo mismo. En un artículo relativo a la organización delictiva del narcotraficante Reynaldo Rodríguez López, se presentó una especie de telaraña en la que se mostraban los cuadros de dicho grupo, estando involucrado como apoyo legal, el entonces desconocido abogado Vladimiro Montesinos -al cual ya hemos hecho referencia- con su nombre y su foto³⁰⁶. El supuesto dañado acudió al Poder Judicial para proteger su honor, pero el juzgador le negó esta posibilidad puesto que “el querellado ha obrado únicamente en su condición de periodista amparado en el inciso 3 del artículo 190 del CP., en interés de la causa pública y de información”³⁰⁷. Si bien no existe duda del interés del público en dicha noticia, consideramos errada la postura de nuestra Corte Suprema, puesto que si bien el usado es uno de los criterios de desarrollo colectivo, lo primero que debió observar, en este caso, fue la veracidad o no de la información, puesto que debe respetarse como mínimo su contenido esencial.

³⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional español 232/1993, rec. por Fernando HERRERO-TEJEDOR. Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Op. cit. p. 178.

³⁰³ Además, en otro caso de Jurisprudencia Nacional, podemos encontrar que independientemente del contenido de una opinión (“desacreditar en ausencia incriminando hechos o situaciones capaces de perjudicar el honor y/o reputación de una persona, divulgarlos de modo que se difunda y llegue al conocimiento de muchos”), debemos tomar en cuenta además que existe la intención de la persona de permitir este ataque, lo cual “se hace evidente al solicitar la entrevista periodística y al hacer uso de ella para mostrar documentos y deslizar comentarios contra el querellante, tanto como al permitir que en lugares públicos de la empresa de su presidencia se exhibieran documentos también lesivos”. Se condena al procesado, por comprobarse la existencia del delito [Caso Enrique Gómez Ossio c/ Jorge Luis Villacorta Carranza. Corte Suprema, Ejecutoria Suprema del 08 de mayo de 1991 (retoma los criterios del Dictamen Fiscal). Expediente n° 19-91, Procede del Callao, rec. por MINISTERIO DE JUSTICIA. Sistema Peruano de Información Jurídica].

³⁰⁴ Rec. por Víctorhugo MONTROYA CHÁVEZ y Alejandro NEYRA SÁNCHEZ. Con miedo al medio. Op. cit. p. 141.

En un sentido similar puede presentarse la investigación de Cecilia Valenzuela respecto a la nacionalidad del Presidente Fujimori.

³⁰⁵ Pese a ello, sigue existiendo una norma en el Código Procesal Civil, la cual señala que si el demandante “durante el proceso ha difundido información a través de medios de comunicación masiva que afecte el honor del demandado”, el juez podrá imponerle una multa (artículo 518).

³⁰⁶ Caretas, edición 924, del 06 de octubre de 1986.

En algunas oportunidades, se ha señalado respecto a él su relación con organizaciones delictivas, motivo de interés para la población. La solución de los juzgadores en este extremo es bastante similar a los casos ya presentados: proteger la información siempre que cumpla con su contenido esencial de veracidad y concurra un desarrollo colectivo.

En la Revista Caretas se había señalado que el funcionario diplomático Enrique Palacios, desde el teléfono de la Embajada nacional en Estados Unidos, había sostenido conversaciones con diversos narcotraficantes, entre los que se mencionaba al hijo de Carlos Lanberg³⁰⁸. Por este motivo, el diplomático interpuso una querrela por difamación, en la cual el juzgador consideró que “cuando un funcionario público es cuestionado como tal en el desempeño de su cargo, debe dar explicaciones a la sociedad respecto de cualquier acto que suponga duda en su conducta funcional, ya que el cargo o rango que le confía la Nación, le anexa esa obligación”³⁰⁹. En este caso la sentencia si bien recoge un criterio como el de interés del público, quizá se olvida de analizar la veracidad o no de la información, tema fundamental.

3.3.10.3. Corrupción

En otro caso, referido a un caso de corrupción, el juzgador plantea que el periodista debe probar su inocencia: no es el denunciante quien debe probar la existencia de dolo en la información, sino exactamente lo contrario.

Tras investigar y encontrar indicios suficientes para confirmar la noticia, el grupo periodístico de una revista señaló en un reportaje³¹⁰ que el gerente general de una empresa de seguridad había obsequiado una casa a su homólogo en Pesca Perú

³⁰⁷ Caso Vladimiro Montesinos Torres c/ Enrique Zileri. Sentencia de la Corte Suprema, del 01 de febrero de 1989, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 115 y 116.

³⁰⁸ Edición 692, del 05 de abril de 1982.

³⁰⁹ Caso Enrique Palacios Reyes c/ Enrique Zileri Gibson. Sentencia de la Corte Suprema, del 22 de octubre de 1985, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. III.

con el fin de que sea favorecido en una licitación. Frente a ello, el empresario privado se sintió afectado en su honor, denunciando penalmente al director de la revista y a sus colaboradores, ante lo cual el juzgador afirmó que “los querellados no han probado que la publicación se haya realizado con ánimo de fiscalizar y no de difamar. Los juicios ofensivos han sido dirigidos contra el agraviado sin sustento alguno. Existe *animus difamandi*”³¹¹.

Diversos errores en el ámbito procesal podemos encontrar en esta sentencia (entre los más saltantes: el ya anotado de la inversión de la carga de la prueba, la inclusión en el proceso del director del medio de comunicación social, considerar a la información como ‘juicios ofensivos’ o la remisión al *animus difamandi*), sin embargo, en el fondo del tema las críticas pueden ser igual de fuertes o quizá mayores: no se tomó en cuenta la diligencia debida en la emisión de la información, razón por la cual se mantenía la veracidad de la misma y la implicancia del hecho en el desarrollo colectivo, ya sea por el interés del público en un negociado de este tipo o por la participación en el acto de un funcionario público. Lógicamente, una respuesta adecuada del juez ante el caso, debió darse en un sentido opuesto totalmente a la expedida.

Pero, por más interesante e interés del público que posea la noticia, siempre va a requerirse de ella su veracidad.

En una Jurisprudencia Comparada, un ex-diplomático costarricense consideró injuriosa y calumniosa una publicación del diario en que laboran los dos periodistas, uno de ellos el Director, que le atribuyó actuaciones irregulares mientras se desempeñaba como funcionario en una embajada. La información se basó en un informe secreto dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores, escrito por otro diplomático, quien no autorizó la publicación. Para el juzgador sí se comprobó la existencia de injuria puesto que “[e]l derecho de informar de los periodistas y la libre emisión del pensamiento tienen el límite de la no lesión del honor ajeno, el cual tutela nuestra legislación penal, lo que no significa impedir

³¹⁰ La corrupción comienza por casa. En: Revista St. Lima, el 11 de octubre de 1993.

³¹¹ Caso Marcio Augusto Saavedra Díaz c/ Ricardo Uceda Pérez y Mabel Barreto Quineche, Sentencia de Primera Instancia, confirmada en segunda y modificada en la Suprema, de 1994, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 86.

que un ciudadano pueda criticar a un funcionario público, aún en forma vehemente siempre y cuando sus afirmaciones estén debidamente respaldadas con pruebas idóneas, lo que no ocurre en el presente caso”³¹². Como vemos, se sentenció a un periodista basándose en la falta de veracidad de una información.

3.3.10.4. Tráfico de influencias

Uno de los fiscales que más problemas ha tenido con las informaciones que se brindan sobre él ha sido el cuestionado César Elejalde Estenssoro, quien ejerciera el cargo máximo del Ministerio Público durante el gobierno aprista. Pero quizás, ‘cuando el río suena, es porque piedras trae’.

En una oportunidad, se le achacó “haber favorecido a su sobrina con un dictamen que sirvió de sustento a la Corte Suprema para absolverla en un proceso de tráfico de drogas”. Por este motivo, y tal vez por las influencias del querellante, el juzgador condenó a los periodistas con el simple argumento del *animus difamandi* con que ellos actuaron³¹³.

En otro caso se le relacionó con un negociado en la compra de vehículos policiales³¹⁴, motivo por el cual se sentenció a su favor, pero para uno de los juzgadores en este caso debía considerarse la inocencia del querellado puesto que “tratándose de la labor informativa que realizan los periodistas profesionales cabe una tolerancia razonable, toda vez que ella tiende a orientar e informar a la opinión pública en asuntos de interés general”³¹⁵.

Si bien los funcionarios públicos están sujetos a mayor cobertura sobre su actividad profesional, no puede negarse que ésta muchas veces logra perturbarlos.

³¹² Sala Tercera del Tribunal costarricense, Querrela por injuria por la prensa, Expediente 182-84, Sentencia v-180-F, de 14 de agosto de 1986, rec. por Henry ISSA y Luis SAÉNZ. Justicia penal y libertad de prensa. Op. cit. pp. 79 y 80.

³¹³ Caso César Elejalde Estenssoro c/ Efraín Ruiz Caro y Germán Llanos Castillo, Sentencia de la Corte Suprema, de 29 de febrero de 1988, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 85.

³¹⁴ Kausachum Perú, del 02 de diciembre de 1985.

El tipo de información puede no sólo centrarse en lo que su actuación propiamente dicha conlleva, sino puede comenzar desde su correspondiente nombramiento.

La designación de un nuevo director educativo en Uruguay parece que no fue tomado de muy buena manera por los conocedores del tema. Esto motivó que un reportero se interesara en el tema y señalara, allá por el mes de agosto de 1990, que había existido “un petitorio al Presidente de la República, que intenta revertir la designación de L.A.C. como Consejero de Educación Primaria, el cual viene siendo firmado en diversos puntos del territorio nacional por funcionarios docentes y administrativos del ente educacional”, medida que “se comenzó a gestar pocas horas después de las 14:30 del viernes” (fecha del nombramiento discutido) y “en cuanto al éxito de la recolección de firmas, sus impulsores lo dan por descontado”. Ante una declaración de este tipo, el nuevo funcionario se sintió afectado en su honor y planteó una acción, la misma que, a la luz del juzgador debió terminar absolviendo al acusado³¹⁶. Coincidimos con la decisión final de esta sentencia, puesto que esta información es verdaderamente relevante para la marcha de la Administración Pública, e indirectamente muestra el malestar reinante por semejante designación.

3.3.10.5. Enriquecimiento ilícito

En diversos momentos, hemos sido testigos de cómo las autoridades aparecen con gastos mayores a los de sus ingresos. Así, es lógico que los periodistas se interesen en investigar estos sucesos.

En el periódico Arequipa al día, se señalaba en sendos artículos que el alcalde de la ciudad, Róger Cáceres Velásquez, “ha burlado a la ley en mil oportunidades y

³¹⁵ Voto singular del vocal Máximo Antezana Espinal, Caso César Elejalde Estenssoro c/ Augusto Zimmermann Zavala, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 112.

³¹⁶ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia uruguaya, del 18 de marzo de 1992, Casación n° 48/91, Caso B.L.A. c/ B.H.M., rec. por Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. Montevideo, t. IX, n° 49 (jun. - jul. 1992), pp. 34 y ss.

nunca se le ha condenado”, habiendo incurrido además en “actos vandálicos, campañas de agresiones e insultos y amenazas de muerte”, existiendo “dudas acerca de su tradicional riqueza”. El juzgador absolvió a los querellados, aunque no entrando en el fondo del tema, sino simplemente manifestando la falta de *animus difamandi*³¹⁷. Desde nuestro punto de vista, y tal como se desprende de algunas declaraciones vertidas por el propio alcalde, hoy congresista, es que sí cometió irregularidades, como adjudicar viviendas a favor de miembros de su familia, cuando ello estaba expresamente prohibido por ley. Entonces, como vemos, la información vertida por los periodistas era veraz, y además de gran interés del público, motivo por el cual la resolución, si bien dista mucho de lo que debe llamarse una correcta, llega a la solución final adecuada.

En España, un diputado de las Cortes de Aragón, sintió que se afectaba su honor cuando se emitió una información en una emisora radial en la que se le acusaba de cobrar gastos por sus inexistentes viajes desde Alcoriza hasta Zaragoza, ya que él residía en esta última. Se presentó una querrela por delito de desacato calumnioso a las Cortes. El Tribunal Constitucional hispano, basándose en el análisis de una ponderación, se fijó en tres criterios: la existencia de información veraz y de materias que contribuyan a la formación de una opinión pública libre y la protección superlativa de los periodistas. En este extremo, por cumplir con estos requisitos se consideró que había existido un ejercicio legítimo del derecho a la información³¹⁸. Una decisión muy buena, tal como sucedió cuando separó información de expresión, segundo aspecto ya analizado.

Existen algunas personas que por el cargo que ocupan, aún sin ser gubernamental, pueden ser considerados de trascendencia social, si bien no con la magnitud de otros casos, pero que igualmente existen dudas sobre su beneficio patrimonial por el cargo que ocupa. Una de éstas es, sin duda, los dirigentes de algunas entidad social, cultural o deportiva.

³¹⁷ Querellas 09-97 y 13-97, en los casos Róger Cáceres Velásquez c/ José Enrique Del Solar y otros, Sentencias del Primer Juzgado Penal de Arequipa, de 1997, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 86.

³¹⁸ Caso José Luis Roca c/ José María García, Sentencia 105/90, de 06 de junio, Sala Primera, Recurso de amparo nº 1695/87, rec. por Rafael REBOLLO VARGAS. Aproximación a la jurisprudencia constitucional. Op. cit. pp. 79 y ss.

Los opositores del presidente del Real Automóvil Club de Valencia señalaron que éste había cometido irregulares en el ejercicio de su ocupación, al realizar un buen negocio tras vender a la institución que guíaba un inmueble al doble del valor que lo había comprado, a título personal, un año antes. Correctamente, el juzgador señaló que no había existido afectación al honor, y sí un ejercicio legítimo de la información³¹⁹, más aún si tomamos en cuenta que este autocontrato es impertinente cuando existe un conflicto de intereses, razón por la cual la noticia difundida era realmente importarte para los analizadores de su gestión.

3.3.II. La falta de identificación del autor

Existe un caso bastante peculiar de la Jurisprudencia Nacional en el que un diario ha actuado con total impunidad puesto que nunca se ha podido determinar quién era el responsable de las notas claramente difamatorias que se incluían en su interior.

Así son diversos los procesos en los que han salido bien librados los verdaderos autores de las informaciones que aparecen en el cuestionado diario Confidencial. Luego de que se publicara que una famosa conductora televisiva era una prostituta³²⁰, ésta se presentó ante el juzgador para que se tutele su honor, pero éste desestimó el pedido respecto al director del periódico, ya que pese a que “existen pruebas por demás evidentes, de la relación que tiene con el semanario Confidencial, en donde se denigra vilmente la honorabilidad y buen nombre a que tiene derecho la querellante”, no se hubo “llegado al pleno convencimiento de la responsabilidad penal en los hechos materia del proceso” aunque “debe dejarse a

³¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo español del 12 de mayo de 1989, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 23.

³²⁰ Desde la edición nº 3 de este semanario se ha señalado respecto a Gisela Valcárcel con los siguientes titulares en la carátula: ¿Cuánto gana Gisela?, ¡Amante de alquiler!, Nacida para pecar: Sexo, drogas y amor, La colegiala caliente, El precio de su cuerpo, Negocios de alcoba, Las orgías de Gisela: Coca y alcohol, Qué chu... se meten conmigo: Gisela arma escándalo, Nacida para pecar: Gisela engaña a juez, y, Zorra 82: Gisela desnuda, ebria, arma escándalo en el Diplomat: ¡Boda fue una farsa!

salvo el derecho de la actora para que ejercite las acciones que considere pertinentes y ante la vía correspondiente”³²¹.

3.3.12. El contexto informativo

Existe una interesante Jurisprudencia Nacional en que a través de un spot publicitario emitido por diversos canales televisivos, se acusaba a dos parlamentarios como personas que buscaban dañar la imagen de las Fuerzas Armadas del Perú.

Desde el 10 de junio de 1996, en los canales cinco y nueve (Panamericana y Andina, respectivamente), se propaló un comercial promovido por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas en las que se escuchaba las declaraciones de los congresistas Mohme y Diez Canseco criticando de diversa forma la actuación de nuestro Ejército, de tal manera que se daba a entender la intención de los dos ex-parlamentarios de perjudicar el prestigio de esta institución. Sin embargo, los dos involucrados sintieron que se afectaba su honor con este spot publicitario. Según el primero de ellos, las afirmaciones realizadas fueron brindadas con motivo del sospechoso asalto y secuestro de la editora general del diario La República, sin que acusara directamente a las Fuerzas Armadas de este hecho; según el segundo, su testimonio lo brindó en virtud de la denuncia del asalto, robo e incendio de su camioneta, pero que nunca responsabilizó a dichas fuerzas, aunque no descartó la intencionalidad política de este acto. Para los Procuradores Públicos encargados de los Asuntos Judiciales del Ministerio del Interior, del de Defensa y de la Presidencia del Consejo de Ministeros, dicho aviso comercial estaba inserto del ejercicio adecuado de su derecho a informar a la opinión pública. La idea de los congresistas era que se evite seguir emitiendo dichos spots. Para el Tribunal Constitucional, la información no es “un derecho respecto del cual pueda proclamarse su carácter absoluto, pues es susceptible de ser limitado, sin

³²¹ Caso Gisela Valcárcel Álvarez c/ Ramón Ramírez Erazo y otros, Sentencia del 30 de marzo de 1993, del 23º Juzgado Penal de Lima, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 109 y 110, 147 y ss. En el mismo sentido, los procesos referidos al mismo periódico, Casos José Luis Olaya Correa c/ Ramón Ramírez Erazo, Expediente 318/92, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, de 1992; Manuel Cáceda Granthom c/ Óscar Ramírez Erazo, Sentencia de la 12ª Sala Penal de la Corte Superior de Lima, del 28 de enero de 1994.

embargo, su ejercicio no requiere autorización previa, ni está sujeto a impedimento alguno”, motivo por el cual el Amparo no es una vía idónea ya que “nuestro ordenamiento jurídico ha previsto que los mecanismos de control frente a este género de conductas habrán de intentarse siempre en forma reparadora, haciéndose uso de los diversos mecanismos que nuestro ordenamiento procesal ordinario prevé”³²².

Si bien la forma cómo se planteó el proceso por parte de los congresistas no era el idóneo, puesto que al no emitirse más el aviso publicitario, se había sustraído la materia del mismo, queremos hacer algunas precisiones sobre la resolución del Tribunal. Primero, sobre la ineficacia del Amparo como vía preventiva para proteger los derechos fundamentales, hemos dejado en claro nuestra total disconformidad, asumiendo que su uso debiera ser más común, sin que por ello se vulnera el sentido de la prohibición del control previo. Segundo, en este caso, y recordando el tenor del comercial, existe una clara afectación al derecho al honor de los congresistas; la base este menoscabo no se centra, como es planteado por la defensa, como una clara aloquación difamatoria, sino mas bien como una especie de *false light*. Decíamos en un caso de la vida privada, que si se presenta una verdad a medias se está dejando de proteger el derecho a la información, puesto que en realidad esto es una falsedad. Por este motivo, al presentar las Fuerzas Armadas un spot en que aparecería declaraciones de dos congresistas, quienes además de ser parte de la oposición, eran grandes acusadores del gobierno, básicamente manipularon el contenido esencial de la información, y por lo tanto, se produjo una afectación al honor.

En otras oportunidades, también se ha presentado un discurso noticioso, variándose el contexto en que se presenta la información, motivo por el cual ésta deviene en falsa.

Sobre este tema existe un proceso salido de la Jurisprudencia Comparada. Así, en un caso nicaragüense en el que el diario La Prensa³²³ publicó una fotografía en que aparecía el denunciante a la cabeza de manifestantes sandinistas que se

³²² Caso Gustavo Mohme Llona y Javier Diez Canseco c/ Presidente del Consejo de Ministros y otros, Expediente n° 168-98-AA/TC, Lima, Sentencia del Tribunal Constitucional, Acción de Amparo, del 17 de abril de 1998, rec. por diario El Peruano, Lima, 11 de mayo de 1998, p. 792.

³²³ Publicación del 21 de septiembre de 1991.

pronunciaban en contra del inicio de las pláticas de la Concertación, reunión que provocó daños a varios vehículos de diplomáticos y autoridades religiosas. En el pie de la foto se sugería que el demandante se sonreía mientras los manifestantes dañaban los vehículos. Zamora decía que se encontraba realmente calmando a los participantes de la marcha y no liderándolos. Para el juzgador, hubo un exceso en la información³²⁴. En este caso, nos encontramos, por lo tanto, con un caso de *false light*.

En otro caso, también podemos encontrar una verdad a medias. Sabiendo una persona que su contendor político había estado recluido, nada más que para realizar investigaciones policiales, señaló que éste era un ex-presidario, deformando completamente el hecho real.

En La Industria de Chiclayo³²⁵, apareció una publicación de Tito Sirlopú en la que consideraba a un regidor de la Capital de la Amistad, como un ‘ex-presidario’, noticia que es objetivamente falsa. El interés del querellado, según el juzgador, era claramente afectar el honor de Carlos Cuadra, puesto que días antes, éste también había hecho comentarios respecto a aquél, e hizo esta denuncia, sabiendo que sólo había recluido con fines investigatorios y que había salido absuelto de todo cargo³²⁶.

3.4. Difusión de informaciones a través de medios periodísticos y honor de las personas jurídicas

Al igual que en el primer subcapítulo, ahora haremos una diferenciación entre las verdaderas personas jurídicas titulares del honor y el Estado.

3.4.1. Informando sobre las empresas

³²⁴ Expediente 021-1991, Sentencia del Juzgado Quinto Local del Crimen de Managua, Caso Augusto Zamora c/ Cristina Chamorro, rec. por Luis Ángel BERRÍOS ESTRADA. Justicia penal y libertad de prensa. Informe sobre Nicaragua. En: ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Justicia penal y libertad de prensa. Op. cit. p. 337.

³²⁵ Edición del 30 de mayo de 1984.

Tal como ya señalamos, las personas jurídicas son plenos titulares del derecho al honor, pero en ciertas oportunidades reconociendo esta posibilidad el juzgador, ha creído conveniente admitirla en el campo penal, que es el único que expresamente se lo prohíbe.

Así encontramos un caso en que un canal de televisión propaló un reportaje en el que se mencionaba la comisión de delitos por parte de los representantes de una empresa, lo cual fue considerado por esta última como una clara afectación a su derecho al honor. Sin embargo, para el juzgador de primera instancia, en una querrela por difamación e injuria grave, estimó que la legitimación del sujeto pasivo sí existía, aún cuando se le niega esa posibilidad en el ámbito penal. Con respecto al fondo señaló que “no existe atribución falsa, difusión maliciosa que lesione el honor de la empresa agraviada”³²⁷, tras haberse admitido a trámite un proceso en el que se involucraba al dueño del canal (Baruch Ivcher), el director periodístico del programa (Luis Iberico), además de la periodista que realizó el reportaje (Judith Vargas). Una sentencia desde muchos puntos de vista, salvo por la resolución de fondo, inadecuada. Por último, en la segunda instancia, se declaró nulo todo lo actuado por problemas procesales³²⁸.

Es más, en dicho reportaje (el propalado por el Canal 2, Frecuencia Latina), según la empresa Consultoría Balhualón se había afectado su honor debido a que se había informado acerca de que uno de los miembros de la consultoría legal de la persona jurídica ejercía ilegalmente la abogacía. Aunque el juzgador aceptó a trámite la querrela, absolvió a los denunciados por no existir una atribución falsa³²⁹. Desde nuestro punto de vista, para que exista afectación a una persona de este tipo, la

³²⁶ Caso Carlos Alberto Cuadra Cubas c/ Tito Gerardo Sirlopú Garcés. Sentencia de la Corte Suprema, Procede de Lambayeque, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 163.

³²⁷ Caso Consultoría Balhualón S.R.L. c/ Baruch Ivcher Bronstein y otros. Sentencia del 27º Juzgado Penal de Lima, del 27 de agosto de 1997, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 89.

³²⁸ Sentencia de la Corte Superior de Lima, del 17 de diciembre de 1997, Expediente 3844-97 (“en el presente caso se efectuó la transcripción, mas no la diligencia de observación con la presencia del Juez y los sujetos procesales”); también, Sentencia de la Sexta Sala Superior Penal de Lima, del 15 de agosto de 1997, Caso Hayduk SA c/ Diario Onda, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 89.

³²⁹ La ya nombrada Sentencia del 27º Juzgado Penal de Lima, Caso Consultoría Balhualón c/ Baruch Ivcher Bronstein y otros, de 1997, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 89.

noticia debe centrarse en la propia persona jurídica, no en un miembro determinado de su organización.

Pero en otros casos sí ha logrado protegerse el honor de las personas jurídicas en la vía correspondiente. Lástima que éstos pertenezcan a la Jurisprudencia Comparada.

En un reportaje se señaló que “[...] según las investigaciones del General Millán Herrador, sólo la empresa de Lopesan SA, ha dejado de pagar multas por un valor superior a los 1.000.000.000 de pesetas. Informes confidenciales a los que ha tenido acceso Interviú señalan que ‘en cinco años no fue multado ni uno solo de los más de cien camiones de Lopesan ni en una sola ocasión’. Pero en el caso de Lopesan las cosas pueden ir pronto a la vía penal e incluso puede solicitarse la cárcel para todos sus responsables, toda vez que han estado sobornando a la Guardia Civil para transitar sin permiso y sin tarjetas, para extraer arenas de las dunas y para encubrir todas las actividades ilegales, numerosas, en sus empresas”³³⁰. Si bien el juzgador realiza el reconocimiento de la titularidad del honor de las personas jurídicas, considera que deviene en innecesario efectuar cualquier ponderación al respecto, pues queda claro que únicamente estamos ante un comportamiento abusivo: “el artículo periodístico, en lo que a la empresa Lopesan, Asfaltos y Construcciones SA concierne, no fue el resultado de una diligente investigación periodística, pues en el mismo se revelan hechos no veraces (ausencia de multas) o no avalados por prueba concreta alguna (sobornos a Guardias Civiles)”³³¹. Según Espinoza-Saldaña, de esta manera, se ha demostrado la mayor y mejor delimitación de los contenidos propios de cada derecho³³².

En otro caso también hispano, se informaba acerca de que diversos locales de la ciudad de Seu d’Urgell se habían convertido en lugares donde los jóvenes del Principado de Andorra se dedicaban al consumo de drogas y una serie de excesos,

³³⁰ Revista Interviú, nº 611, semana del 27 de enero al 02 de febrero de 1988, reportaje titulado Cesados fulminantemente altos responsables de la Guardia Civil de Tráfico por presunta corrupción. Cobraron ilegalmente más de doce millones de pesetas.

³³¹ Sentencia 139/95, Caso Lopesan, del 26 de septiembre de 1995, número de registro 83/1994, publicación en B.O.E. nº 246, del 14 de octubre de 1995.

³³² Notas acerca de la titularidad del derecho al honor, así como sobre la protección de dicho derecho frente a los posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas. Op. cit. p. 14.

se incluyó al azar la foto de la fachada de la discoteca Luxury³³³. Para el juzgador, si bien la noticia en sí misma era un ejercicio legítimo del derecho a la información, la inclusión de la toma generaba la idea en el lector de es en Luxury donde se producían los hechos denunciados, dañándose de esta forma, el honor de la persona jurídica³³⁴.

3.4.2. Informando sobre el Estado

En las épocas de dictadura, es lógico que muchas personas busquen defender la democracia en el país³³⁵. Y he aquí que juega un rol muy importante para cumplir este fin, cada una de las personas con influencia real en la sociedad, sobre todo las relacionadas con los medios de comunicación social. Pero para los gobernantes de facto, actitudes como éstas pueden resultar peligrosas, razón por la cual utilizan diversos medios para acallar mensajes disidentes.

Así, en el primer gobierno militar de los setenta, un periodista del diario Expreso escribió, refiriéndose al director del periódico El Comercio -en esos momentos intervenido-, que Miró Quesada formaba parte de un complot internacional contra el gobierno de Velasco. Para el juzgador no existió un ejercicio abusivo de la información puesto que se había actuado con un 'exceso de euforia revolucionaria'³³⁶. Sin embargo, en un caso de este tipo, el derecho a la información no llega siquiera a observar su contenido esencial, es decir, al ser una noticia descaradamente falsa, no se cumple con la veracidad requerida, puesto que con un mínimo de diligencia, el denunciante podría darse cuenta de la mentira que estaba presentando. Conclusión: debió condenarse al periodista del diario gobiernista.

³³³ Diario de la Mañana, publicación del 07 de diciembre de 1987.

³³⁴ Sentencia 183/95, del 11 de diciembre, caso Discoteca Luxury, rec. por Eloy ESPINOZA-SALDAÑA B. Notas acerca de la titularidad del derecho al honor, así como sobre la protección de dicho derecho frente a los posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas. Op. cit. pp. 15 y ss.

³³⁵ Además, "[n]adie debe obediencia de un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes" (artículo 46 de la Constitución de 1993).

Como dijésemos en el primer subcapítulo, el uso del Estado de lo que en su época se denominaron los Estatutos de Prensa, permitir castigar a quienes osaban investigarlo.

Mario Castro Arenas señaló, en una nota periodística³³⁷, que el Estado peruano se había apropiado de bienes vinculados a los servicios eléctricos que eran propiedad del público usuario, atribuyéndole responsabilidad por las determinaciones tomadas por la empresa eléctrica, ya que tras haberse comprometido el presidente Velasco ante la Asamblea de Gobernadores del Banco Interamericano de Desarrollo a desarrollar el mercado de valores, aparecería como contraproducente la resolución de la Asamblea General de Accionistas, que de manera inconsulta rebajaba los intereses en los dividendos de sus intereses privados. Pero, el juzgador sin tomar en cuenta la defensa del periodista, lo condenó a seis meses de prisión condicional, asumiendo que se buscó atribuir “al Gobierno la responsabilidad en las decisiones adoptadas por Empresas Eléctricas Asociadas [...] con lo que evidentemente atribuye al Estado un hecho doloso, desorientando la opinión pública del país y del extranjero, que perjudica la reputación del Gobierno, y daña el prestigio del Estado, creando la consiguiente desconfianza interna y externa”³³⁸. Discrepamos con esta resolución, puesto que no toma en cuenta la veracidad de la información y el interés del público en conocerla.

3.5. Difusión de informaciones a través de relatos reales y honor en general

Existen dos formas en que realiza esta situación relacional: como recuerdos y como *false light*.

3.5.1. Recuerdos

³³⁶ Caso Alejandro Miró-Quesada Garland c/ Hernando Aguirre Gamio, Sentencia del Juez de Primera Instancia de Lima, en 1970, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 82, 165.

³³⁷ Diario La Prensa, del 07 de abril de 1974, editorial Las EE.EE.AA y la ley.

Como decíamos, referirnos a una persona o un hecho que fue importante puede ser considerado, si es que media desarrollo colectivo y veracidad, como supuesto de la información. En caso contrario, asumiremos la protección del honor.

3.5.1.1. Inventados

Un prototipo de difundir recuerdos lo podemos encontrar cuando una persona - peor aún si es periodista-, despreciando su obligación de diligencia y veracidad, 'inventa' una historia íntima de un personaje público.

Pero también el artículo 2.6 de la Constitución nos puede llevar a una protección de este tipo: "Así, parece prudente exceptuar de esto las informaciones personales. Hay determinadas informaciones personales que puede dañinas a la persona humana si es que se transmite y si es que se transfieren. Cada uno es dueño de sus propios secretos personales o de identidad. Por ejemplo, puede haber una persona que haya cometido un delito, pero que ha sido después sancionado, ha cumplido con su pena, luego han pasado los años respectivos para liberarlo de toda información que lo vincule con el delito; y por lo tanto, requiere guardar ciertos secretos sobre ese antecedente"³³⁹.

3.5.1.2. Innecesarios

Pero en otros casos, se ha tratado de presentar un discurso informativo basado en su veracidad, pero que tiene serios problemas en el caso de su correspondencia con el desarrollo colectivo.

³³⁸ Caso Estado Peruano c/ Mario Castro Arenas, Sentencia de la Corte Suprema, del 30 de octubre de 1974, Expediente 621/74, Procede de Lima, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 155; José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. pp. 88, 135.

³³⁹ Posición de Enrique CHIRINOS SOTO en la Quinta Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Lima, 25 de enero de 1993. www.congreso.gob.pe.

Eso sucede en el caso Lebach, según el cual un programa de televisión del canal ZDF anunciaba la propagación de una película–documental llamada El asesinato de soldados en Lebach, en la que se había atentado contra cuatro soldados para robarle armas. Una de las personas condenadas por este delito estaba a punto de salir de la cárcel y consideró que esta difusión afectarían sus derechos puesto mencionaban su nombre y aparecía su foto³⁴⁰. Tanto el Tribunal Provincial como el Tribunal Superior rechazaron su pedido. Tomando en cuenta que las dos normas que están relación (personalidad, para los alemanes, e información) son principios se debe moldear su contenido según las circunstancias del caso. En este caso se puede acudir a analizar la adecuación y necesidad de la información (revisar los fines del informe dado a la población: eficacia de la imposición de la pena, efecto de intimidación a potenciales actores y fortalecimiento de la moral pública y responsabilidad social). Por eso el Tribunal Constitucional decidió finalmente una solución, como refiere Alexy, *iusfundamental*: “una información televisiva repetida [...] que no responde a un interés actual de información [...] sobre un hecho delictivo grave [...] y que pone en peligro la resocialización del actor” no debe estar permitida³⁴¹.

Conjuntamente con este caso, se puede encontrar otro, esta vez italiano (el señor Tabocchini señalaba que la emisión de una información por parte de un canal televisivo sobre ciertas actividades delincuenciales que habría realizado estaba reñidas con sus límites externos) en el que se sostiene que “es interés de la colectividad el ser informada de aquellas noticias que pongan a la luz aspectos deteriorados de nuestra organización social o hechos de uso asintomático; o el conocimiento y descripción de los episodios criminales, al objeto de hacerlos materia de meditación o de juicio, a fin de contribuir a la formación de un mejor conocimiento social. Puede darse el caso de otras noticias, requeridas por el público, las cuales encuentran terreno fértil en la curiosidad malsana de los

³⁴⁰ Pero no sólo habrá una afectación al honor, sino también a la vida privada. Así, el constituyente TORRES Y TORRES LARA señala que “puede haber una persona que haya cometido un delito, pero que ha sido sancionada, cumplido con la pena, luego han pasado los años respectivos para liberarlo de toda información que lo vincule con el delito; y, por lo tanto, requiere guardar ciertos secretos sobre ese antecedente [Comisión de Constitución. Reunión del 25 de enero de 1993. En: DOTELE. Derecho a la información, informática e intimidad en la reforma constitucional de 1993. www.asesor.com.pe/teleley/390-present.htm].

Sin embargo, esta afirmación no puede resultar tan contundente, ya que “información reciente sobre la conducta criminal de un ciudadano nos puede brindar información relevante sobre la posible conducta futura y la confiabilidad de esta persona. Conforme la información se remonta a tiempos más antiguos, menos relevantes será pues la falta de condena posterior; nos indicaría que posiblemente la persona ha recapacitado y ha cambiado su forma de vivir” [BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. No se lo digas a nadie. Op. cit. pp. 175 y 176].

³⁴¹ BVerfGE 35, 202, del 05 de junio de 1973, rec. por Robert ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales. Op. cit. pp. 95 y ss. (quien realiza un análisis del caso a través de la doctrina de las tres gradas, y propone una solución no sólo basada en la proporcionalidad, sino en las otras herramientas); Juan ESPINOZA ESPINOZA. La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la informática I. Op. cit. pp. 56 y 57.

usuarios, que advierten sólo el lado escandaloso de los acontecimientos y la descripción de ciertos hechos particulares”³⁴².

Perfeccionando el sentido del caso presentado, se puede concluir, a partir de otro suceso, que el juzgador debe analizar de manera consciente que la protección se base en un criterio de necesidad y adecuación, puesto que en un supuesto similar puede que sí se proteja un interés histórico frente a uno del honor.

Un reportaje televisivo sobre la última mujer ejecutada en España fue objeto de revisión judicial a iniciativa de los familiares de la fallecida, y aunque se basaba en el respeto de la vida privada, consideramos un atractivo mayor en el caso del honor. Para el juzgador, “los hechos concernientes a la vida de Pilar P. divulgados por Televisión Española, eran conocidos y públicos en virtud de las sentencias condenatorias” por lo que “el director cinematográfico recrea en imágenes la historia de un proceso penal, público, basado en una sentencia difundida en su día por todos los medios de comunicación y cuyo contenido tiene hoy una trascendencia histórico social, un conocimiento colectivo, que escapa y desborda el concepto de lo privado o particular para llegar a formar recuerdo histórico e hito temporal”³⁴³.

Si bien ambas sentencias parecen contradictorias, la sustrato de ambas nos parece el conveniente y el sentido de la Jurisprudencia en el tema, concluimos, aparece como complementario.

Tal como ya vimos, en el Perú se ha iniciado una mala moda referida a las famosas ‘relatos reales’, es decir, obras literarias -aunque dudamos que se pueda

³⁴² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Roma, del 11 de febrero de 1991, rec. por Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 172.

³⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional español del 30 de diciembre de 1989, rec. por Aldo VÁSQUEZ. Conflicto entre intimidad y libertad de información. Op. cit. p. 171.

considerar como tales- que cuentan ‘historias’ sobre personas conocidas ya sea con nombres verdaderos o falsos pero identificables.

Un buen caso de este tipo se da con la obra *Canto de dolor*. No repitan la canción,³⁴⁴ en el que el modelo Alex Brocca cuenta su relación homosexual con el famoso Ernesto Pimentel, haciéndose múltiples revelaciones sobre la vida de muchos personajes de la farándula.

3.5.2. *False light*

Dentro de la *privacy* se incluía ciertos aspectos que en realidad pertenecen al ámbito de protección del honor. Así, dentro del *interest in privacy of name, likenesses and life history*, debe existir una protección real a la persona.

En este sentido, “[n]o basta la coincidencia o similitud de nombres si no hay identidad de personas. Y no libera de responsabilidad alegar que los hechos narrados son pura *novelación, ficciones referidas a personajes inexistentes* en la realidad, si los terceros creen que aluden al actor”³⁴⁵. Si bien los pseudoescritores señalan que están fantesando, la realidad nos indica otra cosa.

Además, la tergiversación está incluida como una forma de vulneración de la vida privada dentro del *Common Law*. Está referido a la publicidad que distorsiona o fuerza los hechos falseando la imagen de una persona ante el público.

Esto es conocido como la *false light in public eye*, figura que incluye dos supuestos, tal como lo ha señalado el precedente *Time Inc. c/ Hill*³⁴⁶, la misma que puede darse de dos formas: en un contexto informativo o como actividad de entretenimiento. En el segundo nos interesa revisar ahora.

³⁴⁴ BROCCA, Alex. Lima: Volcánicas, 1999, pp. 09 y ss.

³⁴⁵ SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 204.

³⁴⁶ Caso 385 US 374 (1967), rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. El mercado de las ideas. Op. cit. p. 317.

Si bien existe un caso se presenta en un medio de comunicación periodístico nos parece interesante presentarlo por relacionarse con el tema que estamos tratando. El diario Última Hora señala en un artículo que “al diputado Ricardo Letts Colmenares, nunca le faltan argumentos para ganar una discusión, pero sucede que a veces, a falta de palabras, recurre a la intimidación y a amenaza, tal como sucedió anoche en la Cámara de Diputados, cuando en plena interpelación al Ministro de Trabajo, lució sin menor empacho pistola al cinto”³⁴⁷. El congresista señaló que sí usaba armas pero era por seguridad ante la ola violentista del país, pero que él nunca desafía ni emplaza, sino simplemente defiende los derechos de los demás. Ante la negativa de la publicación correcta (se hizo una parcial y arbitraria) de la nota rectificatoria por parte del diario, se interpuso un Amparo, el cual fue considerado fundado por el juzgador³⁴⁸.

3.6. Difusión de informaciones a través de internet y honor en general

Regresemos finalmente al caso Faisal, tratado *supra*. En él si bien el juzgador señaló que no se afectaba el honor de las personas porque la emisión de críticas se basa en la Constitución, también lo hacía por la existencia de transcripción de informaciones.

Para el juzgador, este caso es uno típico de reportaje neutral, razón por lo cual señala que “el querellado se limitó a la transcripción textual de artículos y suplementos publicados por los referidos medios de comunicación nacionales y con el propósito de difundir una noticia que ya era pública en el Perú, sin añadir opinión personal alguna sobre sus contenidos que pudiera considerarse como una apreciación subjetiva y sesgada de dichos artículos o a una opinión del querellado”³⁴⁹. Sin embargo, Faisal no se limitó a reproducir noticias sobre los

³⁴⁷ Artículo Far West, en la edición n° 24857 del periódico, del 21 de septiembre de 1990.

³⁴⁸ Sentencia del 12° Juzgado Civil de Lima, del 20 de noviembre de 1990, Expediente 925-90, rec. por José PERLA ANAYA. La prensa, la gente y los gobiernos. Op. cit. p. 166.

³⁴⁹ Sentencia del 20° Juzgado Penal de Lima, Caso Gustavo Mohme Llona y otros c/ Héctor Ricardo Faisal Fracalossi, rec. por José Carlos UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. Prensa juzgada. Op. cit. p. 97.

Además, en la segunda instancia (Sexta Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Lima) se señaló que el denunciado “no atribuyó o imputó conducta alguna a los querellantes, limitándose a seleccionar y transcribir la información propalada”.

afectados, sino que principalmente catalogó a los mismos como personajes funestos para el Perú ('en negro'), además de iniciar la transcripción de las informaciones con una opinión bastante personal sobre ellos. Si bien existe derecho a la información (en este caso sólo se le exigirá la veracidad no respecto a la noticia, pero sí sobre que lo copiado sea igual que el original, así como la identificación del difusor original del texto). Pensamos que se ha desvirtuado la figura del reportaje neutral, siendo responsable Faisal por la afectación del honor.



Conclusiones



T ras haber analizado ampliamente la gran mayoría de aspectos que nos pueden llevar a realizar la determinación de contenidos de los derechos fundamentales, quisiéramos ahora dejar en claro los principales aspectos producidos a través de esta investigación.

Tal como sabemos, partimos de una base teórica amplia y firme, luego continuamos con el análisis del desarrollo de cada derecho, para finalmente analizar cómo se relacionan, en la realidad, honor y expresión, vida privada e información, y honor e información.

- i El marco conceptual de este trabajo se ha centrado en lo que cada Teoría de los Derechos Fundamentales nos ofrece. Ésta se presenta como un esquema dogmático que, coherente y sistemáticamente, buscan explicar los derechos fundamentales enmarcándolos en una Constitución concreta o describiéndolos dentro de cierto modelo.
- ii Debemos analizar las tres cuestiones básicas que presenta una teoría como ésta dentro del mundo actual: un cambio ideológico subyacente, la fuerza organizadora de la Norma Fundamental y el renovado sentido de los derechos fundamentales.

- iii Gracias al primero de estos presupuestos, podemos observar cómo los derechos fundamentales han dejado de depender de los Estados (relación que se adoptó desde la experiencia inglesa de la Carta Magna de 1215, y se mantuvo en la Declaración de Independencia de Virginia en 1776, la Declaración Francesa de Derechos de 1789 y en las Constituciones rusa y mexicana de inicios del siglo XX) para adherirse, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, al sentido de las Normas Fundamentales nacionales. Es decir, se ha pasado de las Teorías Estatales a las Teorías Constitucionales de los Derechos Fundamentales.
- iv Sin embargo, la vigencia actual de estas últimas no es uniforme, sino que incluye una serie de posturas con efectividad diversa. Entre ellas, podemos encontrar la liberal (protege a los individuos frente al poder estatal, buscando que así conserve su autonomía privada), la valorativa (los valores sociales se ven reflejados a través de los derechos en la Constitución), la institucional (los derechos no sólo amparan a su titular, sino que poseen una realidad vital, es decir, un ámbito objetivo de contribución), la del ejercicio democrático (el encargo cardinal es el fortalecimiento de la democracia participativa), la social (la eficacia de los derechos requiere de una pretensión de prestaciones estatales), la interpretativa (teoría ideal, que acumula las cinco anteriores), la moral-jurídica (el derecho se basa en su fuerza de convicción frente al juez), la argumentativa (busca un razonamiento jurídico racional de los derechos), la multifuncional (recoge la variedad de cometidos que cumplen los derechos en la Constitución) y la de las garantías procesales (las fórmulas procesales logran la vigencia real de los derechos). Sin adscribirnos específicamente a una de estas teorías, sentimos una especial inclinación por la institucional y la argumentativa.
- v En su aptitud práctica, todas las teorías paradigmáticas deben ser recogidas por las Constituciones y estudiadas según los diversos instrumentos que guían la actividad de los Estados. En nuestro caso, serán de diligente aplicación, la Declaración Universal, los dos pactos internacionales (para nuestra investigación, más importante será el de Derechos Civiles y Políticos), y, la Declaración y Convención Americana -más conocida, como Pacto de San José de Costa Rica-.
- vi La segunda de las cuestiones básicas está referida a entender el nuevo sentido de la Constitución actual. Ésta ha de concebirse como la confluencia de lo político y

lo jurídico: no sólo es la norma que rige todo el Ordenamiento, sino además la que busca adaptarse a las cambiantes realidades sociales de un país, reflejando, por ello, una expresión ideológica producto de un acuerdo de las distintas fuerzas políticas. Al mismo tiempo, requiere ser exigible directamente por parte de los ciudadanos y ser considerado como algo vivo, cambiante y mutable, basado en un sentido de *living Constitution*, donde las normas de los derechos fundamentales adquieren una cualidad de apertura y el intérprete -básicamente el judicial- asume un rol de activista.

- vii Justamente relacionado con esta nueva visión constitucional, se han propuesto diversas formas en la que se le ha de interpretar: a la visión hermenéutica (se utiliza los elementos gramatical, lógico, histórico y sistemático), le agregamos los principios neutrales (son cinco: Unidad de la Constitución, Concordancia Práctica, Eficacia Integradora, Corrección Funcional y Efectividad de la Constitución) y las concepciones sociales.
- viii Dentro del tercer presupuesto, el del transformado sentido de los derechos, nos permitimos concebir a los derechos fundamentales, inicialmente, como aquellos derechos humanos garantizados por el Ordenamiento positivo, dentro de una normatividad constitucional, y que gozan de una sólida y preeminente protección. Sin embargo, los planteamientos que buscan desarrollar el concepto -a través de las teorías antes mencionadas- caen en un esquema reduccionista. Para salvarlo, intentaremos impulsar un concepto integral, utilizando coherentemente los aportes de cada una de ellos.
- ix El superrefuerzo que poseen dentro del esquema constitucional se debe, quizá, a su preponderancia como *norma normarum*. Requieren, para su validez en la realidad, del respeto de la Constitución -tal como ya lo mencionamos- y del Estado democrático de Derecho, pues éste representa la posibilidad real de que los derechos se concreten en la sociedad. Justamente en el Perú de hoy, debemos poner atención en estos dos requisitos indispensables, puesto que la vigencia de ambos ha sido ampliamente cuestionada.
- x Es importante percatarnos que, según la teoría argumentativa, los derechos fundamentales pueden ser de dos tipos, muy diferentes entre sí. Son reglas, si es

que contienen determinaciones (se cumplen o no), o son principios, si es que son mandatos de optimización (ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible), sobre todo si consideramos que la expresión, la información, la vida privada y el honor pertenecen a este segundo grupo.

- xi Hasta aquí los presupuestos de una Teoría de Derechos Fundamentales. Ahora nos toca examinar ciertas materias relacionadas específicamente con los derechos. En su análisis nos basamos en la determinación de contenidos, propuesta doctrinal que utiliza el equilibrio de bienes -o ponderación- como método, y que busca eliminar las incertidumbres que cada norma de derecho fundamental presentaba gracias a su característica de apertura. Para lograr este objetivo, nos remitiremos a la doble dimensión de los derechos fundamentales. En la individual se busca establecer las alternativas de cada derecho, para que en la concomitante se logren distinguir las situaciones relacionales entre dos derechos y, con esa base, determinar sus contenidos.
- xii La dimensión individual requiere dotar de sentido a cada derecho en soledad, y esto debe lograrse a través de la configuración. La expresión y la información (entendidos como derechos de comunicación del discurso) lo harán a través de la concreción, puesto que solamente se clarificará el objeto de protección, debido a que el constituyente ya presentó algunos de sus elementos (como la imposibilidad de control previo o la competencia del fuero común para juzgar delitos cometidos a través de su ejercicio abusivo). El honor y la vida privada (concebidos como derechos de respeto propio) lo harán a través de la constitución, puesto que recién se determinará el objeto de protección a través de la interpretación.
- xiii Este estudio particular del derecho, decíamos, busca el establecimiento de sus posibilidades de ejercicio -alternativas-, acto que se realizará a través de una operación de prospectiva, es decir, la proyección de datos presentes y predecibles para la construcción de posibilidades de evolución existentes en el momento de los hechos, para luego dar pase a la observación del grado de valoración de los eventos factibles de suceder en cualesquiera de los derechos implicados.
- xiv En este esbozo, lo primero a hacer es realizar un ingreso lingüístico. Según el constituyente, la comunicación del discurso incluye cuatro libertades: de

información, de opinión, de expresión y de difusión de pensamiento. Sin embargo, el derecho a la opinión solamente es la dimensión interna y propia de las ideas, la cual no merece protección, ya que cuando se exterioriza se transforma en la expresión, y el derecho a la difusión de pensamiento sólo se refiere a la forma en que se presenta el discurso: si se usa un medio de comunicación social, estamos ante esta suposición, pero consideramos éste como un criterio simplista como para constituir un nuevo derecho fundamental. Entonces nos quedamos solamente con expresión e información, los cuales aparecen, aunque muy relacionados entre sí (tanto así que un discurso aparece de cuatro maneras distintas: como expresión pura, como expresión unida a información -se analiza a ambas por separado-, como información bajo forma de expresión y como información pura), como dos derechos diferentes -desechamos, de esta forma, las teorías monistas-, tal como el tratamiento disímil que la Constitución les da y su desarrollo doctrinal heterogéneo nos obliga a pensar.

- xv El ingreso gramatical del respeto propio hace ver que éste, según la Constitución, comprende el honor, la reputación y la intimidad personal y familiar. Aunque el legislador los presenta como dos grupos de derechos diferenciados, tan sólo debe protegerse el honor y la vida privada. Considerar honor y reputación como derechos, es simplemente adscribirse a una teoría desfasada, como es la fáctica, la misma que ampara lo interno y externo del honor. Y señalar la existencia de intimidad personal y familiar es sencillamente recoger dos supuestos de hecho de un derecho verdadero como es la vida privada. Por ende, los dos derechos que, según creemos, deben ser reconocidos como singulares constitucionalmente, están en una situación de dualidad, es decir, de concordancia pero de disimilitud, sin formar parte de un derecho único (como sí lo proponen el *right to privacy* o los derechos a la personalidad y a la identidad).
- xvi Luego, se ha de realizar el examen de la realización histórica del derecho. Desde 1821 se reconocen estos derechos: la comunicación del discurso, como libertad de imprenta, la vida privada a través de la correspondencia y el domicilio, y el honor relacionado con la idoneidad social de la persona. La concepción actual es una copia del estilo propuesto para los cuatro derechos en la Constitución de 1979, la cual tuvo como inspiración a la española de un año antes. Por esta razón, el debate del Congreso Constituyente Democrático de 1993 es muy pobre respecto al

tratamiento de estos derechos. Lo que sí es conveniente precisar es la *ocassio legis* en el tratamiento de la expresión y la información en la Constitución de 1979, ya que cuando se dio ésta, se salía de una etapa de dictadura militar, razón por la cual se insistió mucho en el hecho de que se prohiba todo tipo de injerencia del Estado en el ejercicio de estos derechos (una muestra muy clara es que los delitos sólo se tipificarán por el Código Penal y en el fuero común, evitándose, así, los efectos de los nefastos Estatutos de Prensa).

- xvii Además, es substancial conectar la norma que nos interesa con la Constitución, ya sea comparándolas con otras (para lo cual utilizaremos los argumentos lógicos del *a pari*, *a fortiori*, *ab minoris ad maius* y *ab maioris ad minus*) o ubicándolas dentro de la Norma Fundamental. Los cuatro derechos se encuentran en el Título I, De la Persona y de la Sociedad, Capítulo I, Derechos Fundamentales de la Persona. Refiriéndonos a la expresión e información, señalaremos que están relacionados con otros derechos que se conectan con el pensamiento. Con respecto al honor y la vida privada, su correspondencia se da con la voz y la imagen (ambos tratados en el mismo artículo que el respeto propio) y con la protección del domicilio y la correspondencia, que hasta ahora se mantienen separados de la vida privada.
- xviii Los derechos fundamentales además poseen una doble naturaleza. Tienen dos ámbitos: uno subjetivo y otro objetivo, ahora fusionados (en un proceso de coimplicación recíproca), aún cuando en el pasado estuvieron contrapuestos.
- xix El ámbito subjetivo, surgido de una teoría liberal, propone la protección de la autonomía individual frente al Estado, entendiéndose a los derechos como de mera defensa, *abwerretche*. En la comunicación del discurso, es muy común analizar este ámbito, tanto así que se designa a la información y la expresión como libertades, tal como lo hace nuestra Constitución (la descripción negativa es más que obvia: no habrá control previo, no se permitirá la presencia punitiva del gobierno, no se podrá suspender o clausurar los medios comunicativos, no se les puede impedir circular libremente ni impedir su creación). Y no es que no sea importante este ámbito (puesto que estos derechos contribuyen a la autorrealización personal), sino que no es el único espacio de su desarrollo. En el caso de los derechos de respeto propio, la fuerza de su naturaleza subjetiva es más

contundente: aparte de su natural acercamiento con la dignidad de la persona, también los han considerado como derechos de personalidad, propuesta básicamente civilista que habrá de verse superada con su concepción como derechos fundamentales. Sin embargo, la mera adhesión a lo subjetivo de la vida privada y el honor ha hecho que, en múltiples ocasiones, se les minimice, lo cual nos impone que en ellos nos fijemos también en su espacio positivo.

- xx Gracias a la teoría institucional, cada derecho ha asumido una actividad como verdadera garantía de una situación real de libertad que concretará su plan vital (convirtes las esferas de sucesos en vida real actualizada). Éste es su ámbito objetivo, el cual es muy claro en los derechos a la expresión y a la información. Así, éstos aparecen (basándose en las obligaciones positivas de los Estados para con ellos, en el acceso a la información administrativa y en la rectificación) como verdaderos derechos que poseen cometidos sociales, en espacios diversos, como el familiar, el educativo, moral y cultural, el comunitario, el económico, el sanitario y, principalmente, el democrático (justamente por esto, se señala que estos derechos permiten la formación de la verdadera opinión pública y deben concebirse como la piedra angular de la democracia). Pero, en el otro lado, la situación es distinta. A los derechos de respeto propio casi siempre se le ha negado la posibilidad de contar con un ámbito objetivo. Sin embargo, también el honor y la vida privada coadyuvan al desarrollo democrático de un país, aún cuando lo hagan de forma indirecta, y posibilitan la existencia de una mayor conciencia social (tras el repliegue individual, cada persona mejora su productividad en la sociedad).
- xxi Además de su doble naturaleza, cada derecho fundamental posee elementos configuradores, aquellos que le dan el sentido de su verdadero existir. Son de dos tipos, los objetivos (bien jurídico y objeto de protección) y los subjetivos (titular y destinatario).
- xxii El bien jurídico tutelado es el interés protegido por el Derecho por ser vital para la persona o la comunidad. Tanto el derecho a la información como a la expresión protegen discursos y no actos, pero el primero se centra en los aspectos noticiables de la realidad y el segundo -cuyo bien jurídico es la opinión- en la formación de conjeturas o ideas sobre algún tema determinado. Por su parte, el honor debe ser observado, abandonando posturas fácticas, normativas y algunas

mixtas, como la competencia y suficiencia de la persona de estar y actuar en la sociedad -mejor dicho, en la comunidad- como parte integrante de ella y siendo reconocido como tal. En tanto, la vida privada protege todo espacio y dato espiritual (que no es lo mismo que señalar que no tiene repercusión económica) que permita a la persona mantener una identidad propia, encontrarse a sí misma y de esta forma volcarse a la sociedad.

- xxiii Los supuestos de hecho se refieren a las acciones subsumibles dentro de la norma de derecho fundamental. Los derechos de comunicación del discurso poseen dos supuestos: el acceso (llegar al discurso de los demás) y la transmisión (difundir el nuestro). El acceso, que incluye a la búsqueda y a la recepción, se ha desarrollado en mayor medida en la información que en la expresión con la presencia constitucional del acceso de los particulares a las fuentes informativas. La difusión de la expresión es más sencilla que la de la información; ésta requiere de preparación, elaboración, selección y propiamente la propagación de la noticia, mientras que aquélla, solamente el mero acto divulgatorio de la opinión. Los derechos de respeto propio incluyen en sí también dos supuestos: la protección y la proyección. En la primera, el honor es más sencillo, al encontrar en sí mismo, una dignidad particularizada, concepto que no se corresponde con el principio constitucional de la dignidad. La vida privada, por su parte, posee dos elementos, cada uno de los cuales posee diversas partículas de exigencia constitucional (la intimidad incluye la personal, la familiar y el domicilio; la no-revelación de datos personales comprende el banco de datos, las comunicaciones interpersonales, el secreto profesional, los datos sensibles y las memorias personales y familiares). El respeto como proyección, encuentra en el honor concretos planos en los cuales actúa, como en la familia, en un conflicto armado y en el ámbito profesional; y en la vida privada, nociones como la autonomía y la autodeterminación informativa, siendo esta última, quizás la que ha asumido la vanguardia en el derecho por su facilidad para resolver las nuevas cuestiones que la modernidad trae consigo.
- xxiv Luego de revisar los elementos objetivos, es menester centrarnos en los subjetivos. El titular es el beneficiario de la protección de los derechos. En el caso de la comunicación del discurso, la titularidad es universal, pertenece a cada uno de nosotros. Sin embargo, existen casos específicos que merecen nuestra atención, como los del periodista (no requiere colegiación y posee las garantías del secreto

profesional y de la cláusula de conciencia, esta última no habilitada en el país), el propietario de la empresa periodística, el director de cine, el guionista, los autores de libros y artículos, el público en general (especie de interés difuso en la cual el titular se centra en la recepción del discurso) y las personas jurídicas (sólo cuando emite un mensaje por sí sola, no como empresa periodística). En el caso de los derechos de respeto propio, el titular clásico ha sido la persona humana (hasta antes de su fallecimiento) pero se ha ido avanzando en doctrina hasta poderse incluir a las personas jurídicas, con argumentos a nuestro entender convincentes (incluso refiriéndose a la vida privada) y a los colectivos (sobre todo relacionado con su honor).

- xxv El destinatario es frente a quien el titular hace efectivo su derecho. Ya no sólo lo es el Estado (postura clásica liberal), sino que asumiendo la doctrina del *drittwirkung*, también lo son los particulares, tal como lo asume la Constitución. Además, el Estado obtiene un papel positivo y ya no solamente negativo (según el cual únicamente se evitaba afectar un derecho). Por ello, dentro de la comunicación del discurso, éste actúa directamente a través de tres medidas: logrando efectividad (informar al público y evitar todo tipo de control sobre los medios, ya sean directos o indirectos), sancionando adecuadamente y buscando el pluralismo (para lograr la formación de la voluntad de los ciudadanos). Además, se debe buscar la vigencia de estos derechos frente al poder privado y, en el caso del público, frente a los periodistas y propietarios de los medios. Pero, en los derechos de respeto propio, no es específicamente el Estado el principal destinatario, poniéndose en evidencia de mejor forma, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales: el honor y la vida privada están dirigidos principalmente a los titulares de la comunicación del discurso.
- xxvi Ahora corresponde analizar los dos contenidos que poseen cada uno de los derechos fundamentales. Uno es esencial, el otro accidental, estando el primero relacionado con los límites internos, y el segundo con los externos.
- xxvii El contenido esencial, entendido inicialmente como un *schraken-schrank*, límite a los límites, en el Constitucionalismo Contemporáneo aparece como el núcleo duro, de valor absoluto, que permite a cada derecho hacerse reconocible frente a los demás. Y aún cuando no exista una norma dentro de la Constitución que

reconozca su validez, ella no será necesaria (su valor sería meramente declarativo) si tomamos en cuenta que el contenido esencial se convierte en parte real de cada derecho. La información encuentra su contenido esencial en la veracidad, entendida ésta como el deber de diligencia mínimo de la persona para presentar una noticia (en caso contrario, se presentaría una información inexacta, ya sea errónea, como acto inconsciente, o falsa, como acto deliberado para engañar). La expresión, por su parte, detenta a la congruencia, según la cual el discurso expuesto será imprescindible con el objetivo de que el receptor entienda el mensaje de la opinión (lógicamente no se requerirá veracidad para la expresión). Ambas sugerencias tienen un asidero más o menos consistente en doctrina, a diferencia de lo que sucede en el respeto propio, en el que proponemos considerar que la simetría es el contenido esencial del honor, entendida como el mantenimiento del interés relacional de las personas, impidiéndose que se les rebaje o aisle socialmente, y que la corporeidad es el de la vida privada, es decir, la existencia de situaciones fácticamente comprobadas (no se le puede vulnerar con la ilusión ni con la imaginación).

- xxviii El contenido accidental se refiere a la relación que posee un derecho con los demás y que establecen sus límites externos. Como clásicos límites de la comunicación del discurso encontramos a la tutela del Estado (seguridad nacional, orden público, garantía de autoridad e imparcialidad del Poder Judicial e igualdad en los procesos electorales), los problemas nacionales, la protección de la moral, la protección de la propiedad intelectual y de los consumidores, la protección de sectores especiales de la población (juventud y menores), la proscripción de proselitismo de la guerra y el odio nacional, y los derechos a la voz, imagen, vida privada y honor. Además, deberá diferenciarse del derecho a la creencia y los derechos a manifestar una idea no discursiva (comunicación lingüística, voto, creación y enseñanza). En tanto, el respeto propio posee como límites a la tutela del Estado (seguridad nacional, prevención de desórdenes o crímenes y administración de justicia), los problemas nacionales (caso de desastre nacional y salvaguardia de la salud), la protección de la moral y los derechos a la expresión y a la información. Además, deberá diferenciarse de la imagen y la voz (más aún si se encuentran en el mismo artículo constitucional), de la creencia, de la presunción de inocencia y de la vida, todos estos también derechos fundamentales.

- xxix Entonces, como observamos, el respeto propio y la comunicación del discurso se detentan como límites, y es que dentro de la determinación de contenidos, la base del trabajo del intérprete se centra en encontrar el correcto contenido accidental de los derechos. A eso está referida la segunda dimensión que posee cada uno de los derechos fundamentales: la concomitante.
- xxx Decíamos, desde el punto de vista argumentativo, que los derechos pueden ser reglas o principios. Las primeras cuando se relacionan entran en conflicto, es decir, como éstas se cumplen o no, la solución se centra eliminando una de las reglas o creando una excepción. Justamente esto es lo que se ha querido hacer con los principios, cuando su naturaleza es radicalmente distinta, puesto que es objeto de optimización. Entonces, las sugerencias de las *preferred freedoms* (dentro de una teoría valorativa) o cualquiera que asuma jerarquía entre los derechos, asume el conflicto entre principios, y será, por lo tanto, rechazada. Así, se ha propuesto la primacía del honor y la vida privada sobre la expresión y la información, basándose en el orden en que los instrumentos internacionales reconocen los derechos, y la primacía contraria, basándose justamente en dichas libertades preferentes.
- xxxi Pero, los derechos fundamentales deben ser entendidos primordialmente en un sentido de integralidad como parte de una Constitución, y que se encuentran, basados en su extensión de igualdad, en un estado de perfección. Esta equivalencia ha sido reconocida por los colisionistas, pero sólo de manera parcial, puesto que sólo lo hacen en el plano abstracto, al negarlo en el concreto, dentro del cual consideran una prevalencia de uno de ellos. Así, si asumimos la postura de las teorías liberal (asumiendo el *in dubio pro libertate*) o moral-jurídica (a través de la respuesta correcta y al ser un triunfo sobre la mayoría) podemos encontrar la prevalencia del respeto propio. En cambio, si asumimos un análisis institucional del tema, tomando en cuenta su mayor eficacia para la democracia (y su efecto irradiante), llegaremos, por el contrario, a la prevalencia de la comunicación del discurso. Por ello, la propuesta de la colisión nos parece, más que errada, incompleta, puesto que se siente incapaz de proponer la igualdad real entre los derechos, propósito que tratamos de lograr a través de la determinación de contenidos.

- xxxii Así, si asumimos el criterio de coordinación en función unificante (reforzado con las propuestas de las reglas de preferencia de los argumentativos, de la triple condición promovida por la Corte Interamericana y del contenido propio y límites internos institucionalista), podemos llegar a concebir a los derechos fundamentales en situación de igualdad concreta, razón por la cual, reiteramos, utilizaremos la ponderación como método para encontrar dicha igualdad. Entonces, nuestro principal rol será encontrar la relación adecuada entre el respeto propio y la comunicación del discurso.
- xxxiii Lo primero que debemos hacer para encontrar la determinación final de los contenidos de dos derechos en relación es identificar las alternativas de cada uno de ellos, lo cual ya lo hemos repasado *supra*. En conclusión, las alternativas de la información son: la búsqueda de informaciones por parte de los particulares y periodistas, la recepción de informaciones por parte de la población, la difusión de informaciones a través de medios periodísticos, la difusión de informaciones a través de relatos reales, la difusión de informaciones a través de internet y la difusión de informaciones a través de medios privados. Las alternativas de la expresión son: la búsqueda de opiniones por parte de los particulares y los periodistas, la recepción de opiniones por parte de la población, la difusión de opiniones a través de medios periodísticos, la difusión de opiniones a través de discursos imaginativos, la difusión de opiniones a través de internet y la difusión de opiniones a través de medios privados. Las alternativas del honor son: el individual, el de las personas jurídicas y el de los colectivos. Las alternativas de la vida privada serán: la intimidad, la no-revelación de datos, la autonomía y la autodeterminación informativa.
- xxxiv Ahora corresponde continuar con el equilibrio de bienes. Para ello debemos tomar en cuenta tres pasos. El primero se refiere a la adecuación a los parámetros constitucionales: consistencia propia de la Constitución (busca un grado de coherencia en ella), concordancia interna (relacionada con el acto de optimación), actualización de las normas constitucionales (efecto integrador ante el cambio social) y adaptación axiológica (análisis de las normas políticas de la Constitución, como son los valores y principios, estos últimos ya no entendidos en el sentido argumentativo, y los preámbulos). El segundo paso se refiere a la utilización de las

ciencias humanas y morales. Finalmente, preveniremos las consecuencias que nuestro acto interpretativo conlleva.

xxxv Con esta base, se construye la curva de situaciones relacionales de los derechos, combinando los dos espacios de contingencias de los derechos por separado. Entre expresión y honor se forman las siguientes relaciones: acceso a opiniones y honor en general, difusión de opiniones por medios periodísticos y honor individual, difusión de opiniones por medios periodísticos y honor de personas jurídicas, difusión de opiniones por medios periodísticos y honor de colectivos, difusión de opiniones a través de discursos imaginativos y honor individual, difusión de opiniones a través de internet y honor en general, y, difusión de opiniones a través de medios privados y honor en general. Entre información y vida privada se crean las siguientes relaciones: recepción de informaciones y autonomía, recepción de informaciones e intimidad, búsqueda de informaciones y no-revelación de datos personales, búsqueda de informaciones y autodeterminación informativa, difusión de información a través de medios periodísticos y vida privada, difusión de informaciones por relatos reales, difusión de informaciones a través de internet y vida privada en general, y, difusión de informaciones a través de medios privados y vida privada en general. Entre información y honor se organizan las siguientes relaciones: acceso a informaciones y honor en general, difusión de informaciones a través de medios periodísticos y honor individual, difusión de informaciones a través de medios periodísticos y honor de personas jurídicas, difusión de informaciones a través de relatos reales y honor en general, difusión de informaciones a través de internet y honor en general, y, difusión de informaciones a través de medios privados y honor en general.

xxxvi En las curvas creadas, se aplican los criterios de evaluación, para que tomando en cuenta los datos del coste y beneficios -absolutos y marginales-, se pueda finalmente determinar los contenidos de ambos. Encontraremos dos grupos de criterios, siendo los primeros los genéricos, aquellos que se aplican a toda situación relacional. Éstos son conocidos como la prohibición de exceso, que incluye tres criterios. La adecuación observa si el resultado es suficiente y racional con la Constitución, por lo que se requiere que la norma que proteja los derechos sea accesible y previsible. La necesidad importa la ausencia de otra solución más efectiva y apropiada que la que se esté tomando, siendo trascendental el análisis

de su prescindibilidad o no; para ello, se basará en la confluencia de la eficiencia (óptimo de Pareto) y de la eficacia (rendimiento funcional de la Constitución). La proporcionalidad está destinada al estudio de la racionalidad del resultado, es decir, la conveniencia constitucional del objeto de la determinación.

xxxvii Conjuntamente con estos criterios genéricos, en el caso de la relación del respeto propio y la comunicación del discurso, se requieren de dos específicos, los cuales serán conocidos con el nombre de desarrollo colectivo, por ser esenciales e imprescindibles para fundar una base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de colectividad. El primer criterio es el de la proyección pública, el cual si bien reconoce de que el respeto propio siempre va a existir en las personas, no es menos cierto que en algunas de ellas (cuya presencia social es gravitante, que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad o que desempeñan actividades públicas), la protección se substrahe por la importancia de sus actividades y su posibilidad de respuesta ante un ataque desmedido. El otro criterio es el del interés del público, el mismo que no se encuentra vinculado abstractamente con la formación de la opinión pública, sino con una concepción descriptiva de la misma, asumiéndose el discurso que interesa a una parte de la sociedad plenamente identificable y con tendencias similares.

xxxviii Asumiendo el grado de deseabilidad de la solución adoptada, se contruye un resultado final. Pero, como ya señalamos, esta solución no es una tarea de todo o nada, sino una labor de optimación. Para lograr encontrar el campo de cada uno de los derechos en juego se podrá acudir a la Jurisprudencia.

xxxix Iniciemos con la expresión y al honor. Como cuestión preliminar, consideramos dentro de la primera, todo crítica que no sea vejatoria ni insultante. Por ende, se protege como parte de la expresión el calificar, dentro de un volante, como cuervo y subastero al adjudicatario de una vivienda o considerar a un policía como una persona con actitud criminal, el reclamo por la situación deplorable de un ser querido, juzgar a un jefe abusivo como represivo y recalcitrante y al aciago maestro de su hijo como sinvergüenza e hipócrita, la ofensa con ánimo defensivo en un proceso, la crítica a la gestión urbanística de un alcalde, considerar a un político como inmoral, indigno y oportunista, transmitir el sentimiento nacional

respecto a un ex-Presidente, calificar como Rasputín a un oscuro asesor presidencial, señalar a un profesor como marxista, juzgar como incapaz a un dirigente deportivo, calificar a un empleado como franela y escobilla, recoger el sentimiento de ineficacia del Poder Judicial, tener por loco y payaso a un entrenador de fútbol, señalar los errores del Estado en sus contratos, pensar que el Estado puede estar detrás de crímenes o que la Policía es un poder clandestino y negro o usar un fotomontaje con una simbología política. Pero se ha extralimitado el uso de la expresión, para ser parte del honor, casos como aquellos que incluyen relacionar afectivamente a una alcaldesa con un miembro del gobierno, señalar que un político no tiene escrúpulos sólo porque éste opinara sobre un tema de interés, burlarse de los defectos físicos (como decirle pedrusquito) y la valía moral de un diputado, considerar irónicamente como estafador a un empresario, señalar que un policía es un maldito fascista y condenado chantajista, considerar basura a los congresistas, no considerar como holocausto la muerte de judíos por parte de alemanes, presentar a través de fotomontajes a personajes de la farándula como partes de una orgía o a políticos como puñaleros, señalar que la primera vez de un Pastor fue con su madre en una letrina, aún cuando se señale que se trataba de una parodia o calificar, en internet, como hombres en negro a aquellos que son contrarios al régimen.

- xl Con respecto a la información y a la vida privada, lo único que se requiere es que la noticia que se presente sea verdadera. Son parte de la información, la solicitud de datos anónimos de viajes de vacaciones de las personas, identificar a las personas involucradas cuando se cubría un divorcio, establecer como rebelde a una terrorista dentro de informes secretos de la Policía, interceptar llamadas con la orden de un juez ante una sospecha criminal, revelar hechos ya publicados sobre la vida amorosa de un famoso, señalar que el piloto de un avión accidentado tenía problemas emocionales o fotografiar a una artista haciendo *topless* en una embarcación cerca a la playa. Pero, afecta la vida privada, es decir es parte de ella, una transmisión en cadena (daña la autonomía), el intento de ingreso al domicilio por parte de los agentes publicitarios o religiosos, evitar la revelación datos personales de menores a cargo de la Administración, revelar en un proceso penal una historia clínica incautada, hacer pensar a la persona que está realizando una confesión sacerdotal, la exhibición de documentos sobre divorcio de un empleado, presentar datos específicos del matrimonio de unos famosos, la fotografía de un

automóvil con el frontis de la casa de una persona de fondo, señalar que un ministro de Estado es cliente de un local de *call-girls*, establecer los nombres completos de una menor violada, la interceptación de las llamadas telefónicas de la oposición de un país por el Servicio de Inteligencia, contar cómo se realizó la adopción de un menor, mostrar las imágenes de la agonía de una persona, por más famosa que sea ésta, señalar que el piloto de un avión accidentado era un mujeriego, revelar que un arquitecto padecía Sida, fotografiar a una artista desnuda en una embarcación bastante alejada de la costa o dentro de su domicilio, la amenaza de la publicación de una carta personal, denegar el pedido de un extranjero de radicar en un país por pertenecer a determinada religión, saber sobre la felicidad o no de un matrimonio de artistas, exhibir una película que excarva sobre el pasado turbulento de una mujer rehabilitada, contar los actos sexuales con una ex-pareja famosa, relatar los secretos de un amigo fallecido sin consentimiento de su cónyuge o recordar el pasado de un niño prodigio que abandonó voluntariamente su fama.

- xli Por último analicemos la situación relacional entre información y honor. Dentro de la primera encontramos la denuncia de las actitudes sospechosas de un individuo, el pedido de investigación sobre alguien, solicitar garantías contra una persona que acosaba a una mujer más aún si fueron otorgadas, solicitar, a través de una carta, que se aclare sobre unas declaraciones del receptor, señalar que un establecimiento comercial no tenía licencia de funcionamiento, rectificar por propia voluntad una noticia con inexactitudes respecto a compras militares, presentar a alguien como un presunto narcotraficante cuando las investigaciones periódicas así lo demuestran y no lo desvirtúa su propia declaración, descubrir que un diputado cobraba dietas por viajes cuando no lo hacía, señalar que un fiscal había influenciado para que se absuelva a su sobrina, descubrir un autocontrato en una federación deportiva, indicar a un general como autor de múltiples violaciones de derechos humanos, presentar una noticia en la que se involucra un congresista con delincuentes, señalar que un político realizaba grandes fiestas en su domicilio afectando la paz comunitaria, precisar el nexo entre un estafador con un ministro, aunque se yerre en el grado de familiaridad entre ambos o señalar actos irregulares de un diplomático. Por su parte, se protege el honor, cuando se ejerza abusivamente la información, casos como en los que se atribuye falsamente a una persona un secuestro, señalar que una persona

es una prostituta y que se ha acostado con toda la Administración, apuntar que una señorita que ganó un premio lo hizo justamente por utilizar prendas interiores cuando normalmente nos la usaba, mentir sobre la finalidad de la recolección de medicinas, equivocarse sobre la fuga de una joven de un convento con un sacerdote, mostrar como fallecido a quien no lo estaba con el motivo de hacerle una broma, presentar a un periodista como parte de un complot contra el Estado, señalar que un congresista ha sido expulsado de un club, presentar erradamente una noticia sobre el portar armas por parte de un diputado, designar como ex-presidario a un regidor cuando nunca lo ha sido, reseñar la actuación policial con excesos respecto al trato de una manifestación, mostrar las fotos de un ministro cuando se señalaba que existían políticos relacionados con un narcotraficante, hacer aparecer como delincuente y ofreciendo una recompensa por su captura a una persona que nunca ha estado relacionada con actos delictivos, señalar equivocadamente que una empresa sobornó a la Policía por no haber sido multada o realizar un documental sobre un asesinato de años atrás cuando uno de los delincuentes iba a salir de la cárcel.

- xlii A partir de haber determinado correctamente el contenido accidental de los derechos en relación, se puede observar que el ejercicio de uno de ellos puede ser abusivo. Esto es lo que se consideraba como una colisión. Sin embargo, el problema no es de los propios derechos: entre ellos se mantiene su concordancia y correlación, sino del titular de los derechos de comunicación del discurso que en el ejercicio de su derecho se excede, subsumiéndose su acción dentro del ámbito de protección de otro (en este caso, honor o vida privada).
- xliii Para considerar el ejercicio como abusivo nos centramos en tres aspectos. El primero es el discurso perjudicial, según el cual es necesaria la existencia de un enunciado factual, es decir uno que señale y muestre algo de la realidad (rechazándose la tautología, el enunciado excesivamente general y la hipérbole) y es requerido para su transmisión, cualquier medio de difusión (y no tan restrictivo como uno de comunicación social, tal como lo presenta la Constitución), a través de una palabra oral o escrita y la imagen, motivo por el cual es perfectamente válido el ejercicio de la comunicación del discurso a través de volantes, siempre y cuando los responsables estén plenamente identificados.

- xliv El segundo aspecto es la ausencia de consentimiento, razón por la cual éste es considerado como el elemento negativo del respeto propio. Está referido a la aceptación por parte del titular del honor y la vida privada para que otro, a través del ejercicio de su derecho, ingrese en el ámbito de protección del suyo. Puede ser directo (expreso, entendido como consentimiento claro y ineludible, y tácito, como uno que si bien no es rotundo ni abierto, crea convicción en el otro) e indirecto (cuando media una situación controvertible por parte del titular del derecho). La vida privada puede ser consentida en todos estos tipos, mientras que el honor sólo en el último caso. Pero, si se quisiera revocar el consentimiento, el titular tendrá el derecho a hacerlo, pero pagará una indemnización a quien resulte dañado con su acto.
- xlv El último elemento está referido a la forma de vulneración. A partir de la comunicación del discurso, se puede ejercer respetando su contenido esencial (analizándose los criterios estudiados) o sin el respeto a él (la expresión no será congruente ni la información, veraz). A partir del respeto propio, es lógico que sólo puede afectarse la vida privada con hechos reales, mientras que el honor sería irrelevante la verdad o no del discurso. La responsabilidad será atribuida a todo aquel que emita un discurso o tenga relación con su emisión y se centrará en la existencia de dolo o culpa, salvo en el caso del ámbito penal en el que los directores y editores no serán responsables, y en el que se requerirá solamente dolo. Lo que sí no podrá aceptarse, en ningún caso, es la responsabilidad objetiva.
- xlvi Habiendo concebido de esta manera el ejercicio abusivo de la comunicación del discurso, se debe ver, a continuación, cómo se salvaguarda el respeto propio en el país. Esto se da ya sea a través de la tutela judicial del honor y la vida privada o controlando la acción de los medios de comunicación social.
- xlvii Judicialmente, la defensa puede darse de dos formas: una anticipada y otra posterior. Sobre la protección *ex-ante*, existe una rica discusión doctrinal basada, de un lado, en el amparo preventivo -o en una medida innovativa- y, de otro, en la imposibilidad de control previo. Si bien para algunos este impedimento refleja una intención del constituyente de dotar a la comunicación del discurso de un cierto valor superlativo, creemos que basándonos en la coherencia y plenitud constitucional, no puede asumirse la ineficacia parcial de un derecho, aún cuando

la opinión consultiva de un organismo americano así lo señale. Además, si la imposibilidad de control previo lo consideramos como garantía de un derecho, ésta también aparece como limitada. Y si nos percatamos que esta referencia al control es una regla, entonces podrá crearse una excepción, asentada en el Amparo preventivo: ‘toda persona ejercerá sus derechos a la expresión y a la información sin previa autorización, ni censura ni impedimentos algunos, salvo que exista un hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución’, dentro de los cuales lógicamente encontraremos a los de respeto propio. Entonces, hemos de asumir la posibilidad de una tutela preventiva, aún cuando el Poder Judicial pueda funcionar como un brazo más del gobierno para someter indirectamente a los medios de comunicación social. El problema, en este caso, no será del Derecho sino del Poder, y ya vemos, que el control de los medios en la realidad es más evidente, sin usar estar control previo directo, sino uno indirecto.

- xlvi *Donde sí no queda duda acerca de la protección es en la *ex-post*. Dentro de la propia Constitución, se nos ofrece varias formas de salvaguardar el respeto propio: dos garantías constitucionales (el Amparo y el Hábeas Data) y un procedimiento específico (la rectificación). Además, según la propia Norma Fundamental, se podrá acudir a la vía penal para tutelar estos derechos, y, aunque no lo dice expresamente, también uno lo podrá hacer en la civil. Cada una de estas opciones que nos brinda el Ordenamiento posee características particulares, según las cuales el afectado podrá optar entre ellas.*
- xlix *Además de esta actividad de la judicatura, se propone también la vigilancia de los propios medios. Y esto se puede dar de dos formas diversas: a través de la intervención legislativa o gracias a una autorregulación. La primera de ellas no se ha presentado de manera explícita en el Perú. Definitivamente no estamos ante una institución, en el sentido constitucional, puesto que no se ha fortificado la empresa periodística para convertirla en un ente organizador de la sociedad. Mucho más cercana a la realidad es la concepción de los medios como servicios públicos, sobre todo a manera de concesión (licencia de funcionamiento), asumiendo la característica peculiar de la emisión de señales en radio y televisión. Sin embargo, la idea aún no ha sido apelmazada en el país, a diferencia de otras experiencias.*

- 1 Lo que sí ha sucedido en el Perú, aunque aún de manera primigenia, es el autocontrol de los medios a través del Consejo de Prensa Peruano. Con este planteamiento, no sólo los medios se comprometen a actuar con responsabilidad social sino además el público puede encontrar una forma adecuada de salvaguardar sus derechos al honor y a la vida privada en la realidad (básicamente en los casos de rectificación). Esta figura del Ombudsman hará que los medios encuentren su norte y su verdadero objeto en la sociedad, y se olviden un poco del sensacionalismo y mercantilismo que en la actualidad los obnubila.

En conclusión, la idea central de este trabajo ha sido demostrar la eficacia teórica y práctica de la igualdad entre expresión, información, honor y vida privada en el Constitucionalismo Contemporáneo. El centro de esta actuación está en la determinación de sus contenidos. Ésta se logrará, primero, presentando las posibilidades de cada derecho en soledad, para luego, relacionando dos de ellos, se logre crear una curva de situaciones relacionales. En ella se aplicarán los criterios de prohibición de exceso y desarrollo colectivo, para realizar la bisección adecuada de aspectos tutelados. A partir de esta perfecta delimitación de los derechos, el titular de la comunicación del discurso podrá afectar los de respeto propio, si utiliza los primeros de manera abusiva, motivo por el cual buscaremos encontrar los mecanismos convenientes para proteger los derechos perjudicados.

Orientación Bibliográfica



Hemos dejado constancia, a lo largo del trabajo, del poco esfuerzo doctrinal nacional respecto no sólo al tema tratado sino en general sobre todo el ámbito del Derecho. Sin embargo, hemos encontrado ensayos realmente importantes realizados en el Perú, razón por la cual debemos precisar la importancia que han tenido en el desarrollo del presente trabajo. Además, no se puede obviar el prolífico tratamiento de la relación existente entre los derechos de respeto propio y los de comunicación del discurso que ha existido en la doctrina del Derecho Comparado, básicamente en países como Argentina, Colombia, Estados Unidos, España, Italia y Alemania.

A continuación mostraremos únicamente los textos más importantes utilizados en este estudio. Se ha dejado de nombrar los trabajos cuya influencia en el presente ha sido superficial, no de fondo, aunque, al momento de haber sido citados, hemos realizado la correspondiente referencia.

A

ABAD YUPANQUI, Samuel

1990: **La medida cautelar en la Acción de Amparo.** **En:** Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. N° 43-44 (dic. 1989 – dic. 1990).

1992: **Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar.** **En:** Themis – Revista de Derecho. Segunda Época. Publicación Trimestral editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. N° 21.

1994: **Hábeas Data y conflicto entre órganos constitucionales: Dos nuevos procesos constitucionales.** **En:** Lecturas sobre Temas Constitucionales (Comisión Andina de Juristas). Serie: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. Lima, Perú. N° 10.

1997: **Introducción a la Interpretación Constitucional – Discurso.** III Curso Internacional Mujer y Derechos Humanos (dic. 1997). Lima, Perú: Inédito.

ABUSÁBAL VELARDE, José Eduardo

1985: **El derecho a la información y el derecho a la intimidad personal (Un acercamiento a su interacción).** **Tesis (bachiller).** Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

AFONSO DA SILVA, José

1996: **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** **En:** Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. Montevideo, Uruguay. T. XII, n° 67-71 (jun. 1995 – mar. 1996).

AGUIRRE, Jesús María

1998: **Derecho a las comunicaciones y compromiso ético de las comunicaciones.** **En:** Comunicación. Estudios venezolanos de comunicación (Centro Gumulla). Tema: La trampa política. Caracas, Venezuela. Primer trimestre, n° 101.

AGUIRRE OBARRIO, Eduardo

1992: **Apunte sobre el desacato 'a distancia'.** **En:** Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1992-C.

ALEXY, Robert

1993: **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Serie: El Derecho y la Justicia (Centro de Estudios Constitucionales). Obra Original: *Theorie der Grundrechte* (1986). Traducción: Ernesto Garzón Valdés; revisión: Ruth Zimmerling. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

ALFONZO, Alejandro

1998: **Intervención del Consejero Regional en Comunicación de la Unesco para América Latina.** **En:** ALAI –AGENCIA LATINOAMERICANA DE INFORMACIÓN– Y ARPAS –ASOCIACIÓN DE RADIO Y PROGRAMAS PARTICIPATIVOS DE EL SALVADOR–. Foro Internacional Comunicación y Ciudadanía. Mensajes y ponencias sobre comunicación y democracia (sep. 1998). San Salvador, El Salvador. www.presidencia.gob.pa/dislibertad.html.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes

1983: **Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales.** **En:** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, España. N° 1.

ALTOAGUIRRE, Marta

1994: **Límites formales y no formales a la libertad de expresión. El caso de Guatemala.** **En:** ORDOÑEZ, Jaime (ed.). Periodismo, derechos humanos y control del poder político (Instituto Interamericano de Derechos Humanos). San José, Costa Rica: IIDH.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier

1999: **El derecho al honor y las libertades de información y expresión. Algunos aspectos del conflicto entre ellos.** Valencia, España: Tirant lo blach.

ALVITES ALVITES, Elena y Eduardo DARGENT BOCANEGRA

2000: **Aproximaciones a la interpretación constitucional: dos lecciones para no olvidar.** En: ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Año X, n° 20.

ANCAROLA, Gerardo

1992: **Libertad de prensa. Dos fallos asimétricos de la Corte Federal.** En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1992-F.

1998: **Otro pronunciamiento peligroso.** En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1998-E.



1998: **Libertad de prensa. Todo un retroceso.** En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1998-F.

ARBILLA, Danilo 7

1997: **La promoción y defensa de la libertad de prensa como base de la paz en América Latina – Discurso.** Conferencia realizada por el Presidente de la Comisión de la Libertad de Prensa en el Encuentro de Editores y Directores de Periódicos de América Latina. Puebla, México: Inédito.

ARBOLEDA, Saulo

1996: **La libertad de expresión no puede ser absoluta.** Caracas, Venezuela. www.serweb.com/SDIC24.html.

ARONOVITZ, Alberto M.

1997: **En caso de colisión, ¿qué debe prevalecer, la libertad de expresión o el derecho al honor y dignidad humana?** Madrid, España. www.geocities.com/Athens/Forum/7841/racism.html.

ARozAMENA, Jerónimo

1991: **La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales.** En: LÓPEZ PINA, Antonio (dir.). La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia (Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho). Madrid, España: Cívitas.

BACIGALUPO, Enrique

1987: **Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria.** En: Debate Penal (Raúl Peña Cabrera, dir.). Lima, Perú. Año I, nº 3 (set. - dic. 1987).

BADENI, Gregorio

1997: **Libertad de prensa.** Prólogo: José Claudio Escribano. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot. 2ª ed.

BADRÁN, Pedro

1998: **La corrupción de la misión periodística.** En: Diálogos de la Comunicación. Revista teórica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social. Lima, Perú. N° 57 (may. 1998).

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa

1992: **El derecho fundamental al honor.** Colección: Temas Clave de la Constitución Española (Pedro de Vega, dir.). Madrid, España: Tecnos.

BALLESTER, Eliel C.

1987: **Derecho de respuesta (Réplica. Rectificación): El público, la información y los medios. Reglamentación. Ejercicio del derecho. Publicaciones contestables. Procedimiento. Prensa. Medios. Radio. Televisión. Cinematografía.** Prólogo: Augusto Mario Morello. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

BARRANCOS Y VEDIA, Fernando N.

1998: **El derecho de rectificación o respuesta, la Constitución y la Libertad de Prensa en un fallo de la Corte Suprema.** En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1998-D.

BARROSO, Luís Roberto

1998: Interpreção e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. Sao Paulo, Brasil: Saraiva. 2ª ed.

BARROSO ASENJO, Porfirio

1984: Límites Constitucionales al Derecho de la Información. Barcelona, España: Mitre.

BASTIDAS ROMERO, Óscar

1977. Legislación penal del Estatuto de Libertad de Prensa. Tesis (bachiller). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

BAUZÁ REILLY, Marcelo

1993: Las libertades y la información. En: Revista de la Facultad de Derecho. Montevideo, Uruguay. Nº 5 (jul. - dic. 1993).

BENDA, Ernesto

1996: Dignidad humana y derechos de la personalidad. En: BENDA, Ernesto (coord.). Manual de Derecho Constitucional. Traducción: Antonio López Pina. Madrid, España: Marcial Pons.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio

1993: Temas de Derecho Penal. Lima, Perú: Cultural Cuzco.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

1996: La Constitución de 1993. Análisis comparado. Lima, Perú: CIEDLA - Konrad Adenauer.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique y Marcial RUBIO CORREA

1988: Constitución: Fuentes e Interpretación. Teoría y documentación del Proceso Constitucional y la Constitución de 1979. Lima, Perú: Mesa Redonda.

1988: Constitución y Sociedad Política. Lima, Perú: Mesa Redonda. 3ª ed.

BERRÍOS ESTRADA, Luis Ángel

1993: Justicia penal y libertad de prensa. Informe sobre Nicaragua. En: ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS - PROYECTO JUSTICIA PENAL Y LIBERTAD DE PRENSA EN CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ. Justicia Penal y Libertad de Prensa (Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Sistema Interamericano, Alemania, España, Italia y Sistema Europeo). San José, Costa Rica: ILANUD.

BIDART CAMPOS, Germán

1987: La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

1997: La inserción de la persona humana en el Estado Democrático. En: Revista Tachirensis de Derecho (Universidad Católica de Táchira, Centro de Investigaciones Jurídicas). San Cristóbal, Venezuela. Nº 9 (ene. - dic. 1997).

1998: ¿Pertenece a la privacidad la supuesta paternidad extramatrimonial del Presidente de la República? En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires. T. 1998-D.

BISBAL, Marcelino

1998: **Pensar la política desde la comunicación.** **En:** Comunicación. Estudios venezolanos de comunicación (Centro Gumulla). Tema: La trampa política. Caracas, Venezuela. Primer trimestre, nº 101.

BOBBIO, Norberto

1966: **Algunos argumentos contra el Derecho Natural.** **En:** KELSEN, Hans y otros. Crítica al Derecho Natural. Obra original: *Le droit naturel* (1959). Traducción: Elías Díaz. Colección: Biblioteca Política Taurus. Madrid, España: Taurus.

BONET, Jordi

1994: **El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos.** Barcelona, España: PPU.

BOUZAT, Gabriel

1989: **Libertad de expresión y estructura social: El derecho de réplica.** **En:** Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Buenos Aires, Argentina. Nº 3 (may. - ago. 1989).

BRAMONT ARIAS, Luis

1979: **Libertad de expresión.** **En:** Revista del Foro (Colegio de Abogados de Lima). Lima, Perú. Año LXVI, nº 1 (ene. - mar. 1979).

BRAMONT ARIAS, Luis y Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES

1995. **Código Penal Anotado.** Lima, Perú: San Marcos.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO

1996: **Manual de Derecho Penal. Parte Especial.** Lima, Perú: San Marcos. 2ª ed.

BULLARD, Alfredo

1998: **No se lo digas a nadie ¿Se puede vender el derecho a la privacidad en el mercado?** **En:** ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Año IX, nº 17.

BURCH, Sally

1998: **Comunicación para la Democracia y Democracia en la Comunicación - Discurso.** **En:** ALAI -AGENCIA LATINOAMERICANA DE INFORMACIÓN- Y ARPAS -ASOCIACIÓN DE RADIO Y PROGRAMAS PARTICIPATIVOS DE EL SALVADOR-. Foro Internacional Comunicación y Ciudadanía. Mensajes y ponencias sobre comunicación y democracia (sep. 1998). San Salvador, El Salvador. www.presidencia.gob.pa/dislibertad.html.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge

1989: **Responsabilidad civil de los órganos de prensa por informaciones inexactas.** **En:** Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1989-B.

1998: **La libertad de prensa y el deber de veracidad.** **En:** Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1998-D.

BUSTOS PUECHE, José Enrique

1992: **¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor?** Colección: Jurisprudencia Práctica; 39 (Carlos Lasarte, dir.). Madrid, España: Tecnos.

C

CANÇADO TRINDADE, Antonio

1994: **El amplio alcance del derecho a la información como un derecho humano.** En: ORDOÑEZ, Jaime (ed.). Periodismo, derechos humanos y control del poder político (Instituto Interamericano de Derechos Humanos). San José, Costa Rica: IIDH.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos

1994: **Libertad de expresión y derecho al honor: límites mutuos.** En: Cuadernos Jurídicos. Revista Mensual de Derecho. Barcelona, España. Año 3, nº 21 (jul. - ago. 1994).

CÁRDENAS, Emilio

1984: **Libertad de prensa acerca de las 'fuentes' informativas.** En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1984-B.

1986: **Reflexiones comparadas sobre algunos aspectos de la libertad de prensa.** En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1986-C.

CÁRDENAS QUIROZ, Carlos

1990: **Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984.** En: Aequitas. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Lima, Perú. Año 1, nº 1.

CÁRDENAS QUIROZ, Carlos y Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO

1986: **Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil Italiano de 1942.** En: UNIVERSIDAD DE LIMA - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS y ASSLA - ASSOCIAZIONE DI STUDI SOCIALI LATINOAMERICANI. El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano. Trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y la *Associazione di Studi Sociali Latinoamericani*. Lima, Perú: Cultural Cuzco.

CARRACOSA LÓPEZ, Valentín

1993: **La correcta garantía del derecho a la intimidad.** En: RIPOL I CARULLA, Santiago (coord.). La protección de los datos personales. Regulación nacional e internacional de la seguridad informática (*Universitat Pompeu Fabra. Centre d'Investigació de la Comunicació*). Cataluña: *Generalitat de Catalunya*.

CARRANZA, Jorge A.

1975: **Los medios masivos de comunicación y el derecho privado. Un problema contemporáneo: Los avances de la tecnología comunicacional sobre el individuo y la sociedad.** Buenos Aires, Argentina: Lerner.

1990: **El derecho de informar, los bancos de datos y el ejercicio abusivo de los derechos.** En: BUERES, Alberto J. (dir.). Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina (Universidad del Museo Social Argentino). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

CARRILLO, Marc

1996: **Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor.** En: Derecho Privado y Constitución. Madrid, España. Año 4, nº 10 (set. - dic. 1996).

CARRILLO, Sonia Luz

1990: **Diálogo entre los pueblos. Nuevo Orden Internacional de la Información.** Lima, Perú: Hozlo.

CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel

1995: **El principio de supremacía constitucional frente a la administración pública.** En: Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, México. T. 1995-I, nº 24.

CERVATI, Ángel Antonio

1991: **El legislador de los derechos fundamentales.** En: LÓPEZ PINA, Antonio (dir.). La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia (Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho). Madrid, España: Cívitas.

CHAMORRO, Carlos

1994: **El sistema político y el rol de la prensa en la futura situación de la región.** En: ORDOÑEZ, Jaime (ed.). Periodismo, derechos humanos y control del poder político (Instituto Interamericano de Derechos Humanos). San José, Costa Rica: IIDH.

CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí

1997: **¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales?** En: Estudios de Derecho. Segunda Época (Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas). Medellín, Colombia. Año LIX, v. LVI, nº 127 (mar. 1997).

CHIRINOS SOTO, Enrique

1995: **Constitución de 1993. Lectura y comentario.** Lima, Perú: Nerman. 2ª ed.

CHOMSKY, Noam y Edward S. HERMAN

1995: **Los guardianes de la libertad. Propaganda, desinformación y consenso en los medios de comunicación de masas.** Obra original: *Manufacturing Consent. The Political Economy of the Mass Media* (1988). Traducción: Carme Castells. Barcelona, España: Grijalbo Mondadori.

CIFUENTES, Santos y Marta FERNÁNDEZ.

1990: **Rectificación, respuesta, réplica.** En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1990-E.

CISNEROS, Luis Jaime

1986: **La función de los medios de comunicación social.** En: HABITAT PERÚ - SIGLO XXI (ed.). Los Medios de Comunicación, el Estado, Pluralismo de la Información y la Libertad de Prensa (Seminario - Taller). Serie: Enfoques Peruanos, Temas Latinoamericanos; 8. Lima, Perú: Friedrich Neumann.

CLAVERÍA, Roberto H.

1992: **Orden jerárquico de derechos y censura previa.** En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1992-C.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto

1994: **Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen.** En: Anuario de Derecho Civil (Ministerio de Justicia e Interior). Madrid, España. T. XLVII, fascículo III (jul. - sep. MCMXCIV).

COLAUTTI, Carlos E.

1998: **La vida privada de las personas públicas y el derecho a la información.** En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1998-E.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS

- 1997: Protección de los Derechos Humanos. Definiciones Operativas. Lima, Perú: CAJ.
- 1999 (ult. rev.): Derechos humanos. En: Página web de la Comisión Andina de Juristas. Lima, Perú. <http://www.cajpe/org.pe/rij/sistema/ddhh/pe.htm>.
- CONAGHAN, Catherine
- 1999: Entre las amenazas y la complicidad: El Estado y la prensa en el Perú de Fujimori. En: TUESTA SOLDEVILLA, Fernando (ed.). El juego político. Fujimori, la oposición y las reglas. Lima: Fiedich Ebert.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis
- 1996: Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la Ley Orgánica 1/1982. Barcelona, España: Bosch.
- CONFERENCIA DEL EPISCOPADO MEXICANO - COMISIÓN EPISCOPAL PARA LAS COMUNICACIONES SOCIALES
- 1993: Los medios de comunicación social ante la ética. Cuernavaca, México. <http://www.iglesia.org.mx/cem/comisiones/comunicacion/losmedios.htm>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA
- 2000 (últ. rev.): Página web del Congreso Constituyente Democrático. Lima, Perú. www.congreso.gob.pe.
- CONSEIL DE L'EUROPE
- 1995: Jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des droits de l'homme sur le probleme du discours incitant a la haine raciale et a la xenophobie. Note d'information - H (95), 4 (feb. 1995) [s:/h_docs/h95_4f]. Estraburgo, Francia: Direction des Droits de l'Homme.
- CÓRDOBA, Jorge E. y Julio C. SÁNCHEZ TORRES
- 1996: Derechos Personalísimos (o de la personalidad o iura in persona). Prólogo: Juan Palmero. Córdoba, Argentina: Alveroni.
- CORNEJO, Ángel Gustavo
- 1926: Comentarios al nuevo Código Penal. Lima, Perú: s/e.
- COSENTINO SOLER, Jorge Tulio
1984. Delitos contra el honor. Tesis (bachiller). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- COYLE, Karen
- 1998: Privacidad y libertad de expresión - Discurso. XXCI Reunión Anual de la Asociación de Bibliotecas Jurídicas. Anaheim, Estados Unidos de Norteamérica. www.kcoyle.net/privacysp.html.
- 1998: A primer on Internet Privacy - Discurso. XXCI Reunión Anual de la Asociación de Bibliotecas Jurídicas. Anaheim, Estados Unidos de Norteamérica. www.kcoyle.net/privacysp.html.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro
- 1991: El legislador de los derechos fundamentales. En: LÓPEZ PINA, Antonio (dir.). La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia (Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho). Madrid, España: Cívitas.

D

D'ORNELLAS, Manuel

1985: **Libertad de prensa y democracia.** **En:** D'ORNELLAS, Manuel y otros. Libertad de prensa y democracia (Intercampus). Lima, Perú: Universidad del Pacífico.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge

1997: **El derecho constitucional a la rectificación.** **En:** Revista Estudios Privados. Publicación Editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Lima, Perú. Año II, nº 2, Invierno.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo y Orlando Enrique ECHEVERRÍA OVALLE

1987: **La libertad de prensa: Juricidad y Realidad. Tesis (grado).** Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.

DE COSSIO, Manuel

1993: **Derecho al honor. Técnicas de protección y límites.** Valencia, España: Tirant lo blanch.

DE LUCAS MARÍN, Javier

1990: **Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad.** **En:** Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época (Ministerio de Justicia). Madrid, España. T. VII.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio

1988: **La regulación del ejercicio de los derechos y libertades.** **En:** MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo e Ignacio DE OTTO Y PARDO. Derechos fundamentales y Constitución. Madrid, España: Civitas.

DE PIÉROLA BALTA, Nicolás

1991: **Los derechos humanos y las libertades fundamentales como prerrequisito para la democracia.** **En:** Ius et Praxis (Universidad de Lima). Lima, Perú. Nº 18 (dic. 1991).

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando

1988: **La responsabilidad extracontractual.** Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

DE VEGA, Pedro

1985: **La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente.** Serie: Temas Clave de la Constitución Española. Madrid, España: Tecnos.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

1998: **Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1996-1998.** Lima, Perú: Virtual Service.

DELGADO PIQUERAS, Francisco

1992: **De nuevo sobre el derecho a la intimidad personal y libertad de los famosos y la libertad de información (La sentencia del TC 197/1991, de 17 de octubre).** **En:** Revista Española de Derecho Constitucional. Estudio, Jurisprudencia, Crítica de Libros y Reseña Bibliográfica (Centro de Estudios Constitucionales). Madrid, España. Año 12, nº 36 (set. - dic. 1992).

DENNINGER, Erardo

1996: **Democracia militante y defensa de la Constitución.** En: BENDA, Ernesto (coord.). Manual de Derecho Constitucional. Traducción: Antonio López Pina. Madrid, España: Marcial Pons.

DESANTES GUANTER, José María

1979: **Fundamentos del derecho de la información.** Madrid, España: Confederación Española de Cajas de Ahorro.

DÍAZ MÜLLER, Luis T.

1997: **Tecnología y derecho a la intimidad: Nuevos desafíos.** En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas). México, México. Año XXX, nº 90 (set. - dic. 1997).

DOTEL

1994: **Derecho a la información, informática e intimidad en la reforma constitucional de 1993.** Lima, Perú: Asesorandina. www.asesor.com.pe/teleley/390-present.htm.

DU PASQUIER, Claude

1944: **Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica.** Prólogo: Juan Bautista. Traducción: Juan Bautista y Julio Ayasta. Lima, Perú: Librería Gil.

DWORKIN, Ronald

1995: **Los derechos en serio.** Obra original: *Taking Rights Seriously* (1977). Traducción: Marta Gustavino. Barcelona, España: Ariel Derecho. 1ª ed., 2ª reimpr.

E

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

1990: **Desarrollo y vigencia de los derechos y garantías en diez años de régimen constitucional.** En: Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Nº 43-44 (dic. 1989 - dic. 1990).

1992: **¿Tienen los derechos humanos igual jerarquía?** En: ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Año III, nº 4.

2000: **La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano.** En: ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Año X, nº 20.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel

1986: **El derecho a la dignidad y la libertad de prensa.** En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1986-C.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel y Calogero PIZOLLO

1996: **Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática.** Buenos Aires, Argentina: Depalma. 2ª ed.

ESPÁ GARCÉS-ALVEAR, Alfonso Carlos

1987: **La libertad de expresión en la Constitución de 1979 y en el 'Nuevo Orden Mundial de la Información y Comunicación'.** Tesis (bachiller). Lima, Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

ESPÍN, Eduardo

1991: **Los derechos de la esfera personal.** **En:** LÓPEZ GUERRA, Luis y otros. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos (Derecho Constitucional; 1). Valencia, España: Tirant lo Blanch.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

1996: **Estudios de Derecho de las Personas.** Lima, Perú: Huallaga. 2ª ed.

1999: **La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la informática. Sobre el denominado 'derecho general a la personalidad'.** **En:** ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Año IX, nº 19.

2000: **La tutela jurídica del tratamiento de los datos personales frente a los avances de la información. Propuesta para un redimensionamiento del denominado 'derecho general a la personalidad' y para una definición del denominado habeas data.** **En:** ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Año X, nº 20.

ESPINOSA-SALDAÑA B., Eloy

1999: **Notas acerca de la titularidad del derecho al honor, así como la protección de dicho derecho frente a posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas. Reflexiones a luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional Español en las Sentencias 139 y 183/95.** Lima, Perú: Inédito.

ESTRADA ALONSO, Eduardo

1989: **El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.** Madrid, España: Civitas.

EUROPEAN COMMUNITIES

1996: **Forum Information Society.** Bruselas, Bélgica (jun. 1996.) <http://www.ispo.cec.be/infoforum/pub/inrep1.html>

F

FARÍAS GARCÍA, Pedro

1988: **Libertades pública e información.** Madrid, España: Eudema.

FAUNDES, Juan Jorge

1998: **Una perspectiva estratégica y compleja del periodismo latinoamericano.** **En:** Diálogos de la Comunicación. Revista teórica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social. Lima, Perú. Nº 57 (may. 1998).

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor

1991: **La libertad de expresión.** **En:** Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (Universidad Central de Venezuela). Caracas, Venezuela. Nº 78.

FENBY, Jonathan

1990: **En las fronteras de la vida privada.** **En:** El correo de la Unesco. Tema: Los medios de información. Las aventuras de la libertad. París, Francia. Mes de septiembre.

FERNÁNDEZ DE ZUBIRÍA, Jaime

1991: **Derecho de privacidad, Derecho Internacional y Derechos Humanos. Tesis (grado).** Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa

1998: **Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet. Comentario de la Sentencia 96-511 del Tribunal Supremo Norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos.** **En:** Revista Española de Derecho Constitucional. Estudio, Jurisprudencia, Crítica de Libros y Reseña Bibliográfica (Centro de Estudios Constitucionales). Madrid, España. Año 18, nº 53 (may. – ago. 1998).

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

1990: **La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** **En:** Revista de Estudios Políticos. Nueva Época (Centro de Estudios Constitucionales). Madrid, España. Nº 70 (oct. – dic. 1990).

1993: **Las libertades informativas en la Constitución Española de 1978.** **En:** Revista de Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas). Lima, Perú. V. 50.

1994: **Dogmática de los derechos de las personas en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional.** **En:** Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Nº 48 (dic.1994).

1996: **La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico.** **En:** Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Nº 50 (dic. 1996).

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos

1987: **Derecho de las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano.** Lima, Perú: Studium. 2ª ed.

1991: **El derecho a la intimidad.** **En:** El Jurista. Revista Peruana de Derecho. Lima, Perú. Año I, nº 4 (dic. 1991).

1992: **Derecho a la identidad personal.** Buenos Aires, Argentina: Astrea.

1999: **Hacia una nueva sistematización del daño a la persona.** **En:** Apuntes de Derecho. Revista de Investigación Jurídica (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas). Lima, Perú. Año II, nº 1 (may. 1999).

FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y J. R. PARADA

1984: **Artículo 20. Libertad de expresión y derecho de la información.** **En:** ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.). Constitución Española de 1978. Revista de Derecho Público. Comentarios a las Leyes Públicas. Madrid, España: Edersa.

FERRANDO GAMARRA, Enrique

1995: **El derecho a la información.** **En:** Themis – Revista de Derecho. Segunda Época. Publicación Trimestral editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Nº 32.

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde

1982: **El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 b/s del Código Civil: A la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.

FILIPPINI, Aníbal

1992: **Prevención del daño y 'censura judicial'.** **En:** Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1992-C.

FLORIS MARGADANT, Guillermo

1998: **La libertad de imprenta en el Constitucionalismo Norteamericano y el Mexicano.** **En:** INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Estudios en Homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas. México, México: UNAM (Serie E, nº 42).

FREIXES MONTES, Jordi

1996: **Libertad de expresión y publicidad comercial en los Estados Unidos de América: Una aproximación a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.** **En:** Gaceta Jurídica. Legislación, Jurisprudencia, Doctrina y Actualidad Jurídica. Lima, Perú. T. 31 (jun. 1996).

FREIXES SANJUÁN, Teresa

1992: **Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución Española de 1978.** Colección: Manuales. Serie: Constitución y derechos fundamentales; I. Barcelona, España: PPU.

1995: **Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa.** **En:** Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol (*Universitat de València*, Departamento de Derecho Constitucional). Valencia, España. Nº 11/12.

FREIXES SANJUÁN, Teresa y José Carlos REMOTTI CARBONELL

1998: **Los valores y principios en la interpretación constitucional.** **En:** Gaceta Jurídica. Legislación, Jurisprudencia, Doctrina y Actualidad Jurídica. Lima, Perú. T. 55 (jun. 1998).

FUEYO LANERI, Fernando

1986: **Sobre el derecho de la persona. A propósito del nuevo Código Civil de la República del Perú.** **En:** UNIVERSIDAD DE LIMA – FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS y ASSLA – ASSOCIAZIONE DI STUDI SOCIALI LATINOAMERICANI. El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano. Trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y la *Associazione di Studi Sociali Latinoamericani*. Lima, Perú: Cultural Cuzco.

G

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo

1996: **La interpretación constitucional como problema.** **En:** Anuario de Derecho Constitucional. Medellín, Colombia. Año 1996.

1997: **Diferencias entre el hábeas data y la acción de amparo o tutela constitucional en el Perú.** **En:** Ius et Praxis. Derecho de la Región (Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales). Talca, Chile. Año 3, nº 1.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

1998: **Los fundamentos constitucionales del Estado.** **En:** Revista Española de Derecho Constitucional. Estudio, Jurisprudencia, Crítica de Libros y Reseña Bibliográfica (Centro de Estudios Constitucionales). Madrid, España. Año 18, nº 52 (ene. – abr. 1998).

GARCÍA RAMOS, Dagoberto

1981: **Crítica sobre la libertad de prensa en la constitución vigente.** **En:** Revista del Foro (Colegio de Abogados de Lima). Lima, Perú. Año LXVIII, nº 1 (ene. – jun. 1981).

GARCÍA SAN MIGUEL, Luis.

1990: **Democracia y Derechos Humanos en la Sociedad Post-Industrial.** **En:** Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época (Ministerio de Justicia). Madrid, España. T. VII.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos

1994: Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Colección: Estudios Constitucionales (Centro de Estudios Constitucionales). Prólogo: Francesc de Carreras. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

GEORGETOWN UNIVERSITY y ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

1999: Derechos humanos. Análisis comparativo de Constituciones de los regímenes presidenciales (Base de Datos Políticos de las Américas). Washington, Estados Unidos de Norteamérica. <http://www.college.georgetown.edu/pdba/spanish.html>.

GIERSING, Morten

1990: La Unesco y la libertad de expresión. En: El correo de la Unesco. Tema: Los medios de información. Las aventuras de la libertad. París, Francia. Mes de septiembre.

GLOBAL INTERNET LIBERTY CAMPAIGN

1998 (últ. rev.). Regardless of frontiers. Protecting the human right to freedom of expression on the Global Internet. www.gilc.org.

GOLDENBERG, Isidoro H.

1989: Impacto tecnológico y masificación social en el terreno privado. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1989-E.

GÓMEZ BENITES, José Manuel

1993: La protección penal del derecho a la intimidad. En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas). Lima, Perú. V. 50.

GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique

1989: La libertad interna de los medios privados de comunicación social. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. Nº 2 (ene. - abr. 1989).

GONZALES MANTILLA, Gorki

1993: El Derecho a la Intimidad y la Informática. En: Themis - Revista de Derecho. Segunda Época. Publicación Trimestral editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Nº 26.

GONZALES PÉREZ, Jesús

1986: La dignidad de la persona. Madrid, España: Civitas.

1993: La degradación del derecho al honor (honor y libertad de expresión). Madrid, España: Civitas.

GONZALES SEPÚLVEDA, Jaime

1972: El derecho a la intimidad personal (Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho de Santiago). Santiago, Chile: Andrés Bello.

GUTIÉRREZ, Gilberto

1990: La trama moral de la democracia en la vida cotidiana. En: Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época (Ministerio de Justicia). Madrid, España. T. VII.

GUZMÁN, Fernando C.

1994: Libertad de Conciencia, Derecho a la Vida y Libertad de Expresión y otros temas de Derecho Público en Spinoza y el Averroísmo Augustiniano. Tesis (licenciado). Lima, Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

H

HÄBERLE, Peter

1991: **El legislador de los derechos fundamentales.** En: LÓPEZ PINA, Antonio (dir.). La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia. (Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho). Madrid, España: Civitas.

1994: **El concepto de los derechos humanos.** En: SAUCA, José María (ed.). Problemas actuales de los Derechos Fundamentales (Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas). Madrid, España: Universidad Carlos III.

1997: **La libertad fundamental en el Estado Constitucional.** Obra Original: *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale* (1993). Traducción: Carlos Ramos, Jürgen Saligmann, César Landa. Prólogo: César Landa Arroyo. Serie: Clásicos de Derecho Constitucional (Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional). Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar

1995: **Constitución y Derechos Fundamentales.** En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas). México, México. Año XXVIII, nº 84 (set. - dic. 1995).

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén

1997: **El principio democrático como límite de la jurisdicción constitucional.** En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas). México, México. Año XXX, nº 88 (ene. - abr. 1997).

HERNANDO NIETO, Eduardo

1995: **¿Existen los derechos naturales?** En: Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Nº 49 (dic. 1995).

HERRERO-TEJEDOR, Fernando

1994: **Honor, intimidad y propia imagen.** Prólogo: Manuel Jiménez de Parga. Madrid, España: Colex. 2ª ed.

1998: **Legislación y Jurisprudencia Constitucional sobre la Vida Privada y la Libertad de Expresión.** Madrid, España: Colex.

HESSE, Konrad

1985: **Escritos de Derecho Constitucional (Selección).** Colección: Estudios Constitucionales. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

1996: **Significado de los derechos fundamentales.** En: BENDA, Ernesto (coord.). Manual de Derecho Constitucional. Traducción: Antonio López Pina. Madrid, España: Marcial Pons.

HUACCHA CARAHUAJULCA, José Carlos

1983: **Las Libertades de Información, Expresión y Opinión en la Nueva Constitución y su Responsabilidad Jurídica.** Piura, Perú: Ital.

HILDEBRANT PÉREZ TREVIÑO, César

1999: **Sólo el cabe el parto grandioso de la unidad – Discurso.** Homenaje a César Hildebrant – Colegio de Abogados de Lima (jun. 1999). Lima, Perú: Inédito.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto

1997: **Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales.** **En:** Lecturas sobre Temas Constitucionales (Comisión Andina de Juristas). Serie: Derechos Fundamentales e interpretación constitucional: Ensayos y Jurisprudencia. Lima, Perú. Nº 13.

I

ISSA, Henry y Luis SAÉNZ

1993: **Justicia penal y libertad de prensa. Informe sobre Costa Rica.** **En:** ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS – PROYECTO JUSTICIA PENAL Y LIBERTAD DE PRENSA EN CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ. Justicia Penal y Libertad de Prensa (Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Sistema Interamericano, Alemania, España, Italia y Sistema Europeo). San José, Costa Rica: ILANUD.

J

JAÉN VALLEJO, Manuel

1992: **Libertad de expresión y delitos contra el honor.** Prólogo: Enrique Bacigalupo. Madrid, España: Colex.

JORGE, Lilia

1998: **El futuro de la prensa, desde la historia.** **En:** Diálogos de la Comunicación. Revista teórica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social. Lima, Perú. Nº 57 (may. 1998).

JUAN PABLO II

1990: **El anuncio del Evangelio en la actual cultura informática – Discurso.** Mensaje del Santo Padre Juan Pablo II para la XXIV Jornada Mundial de las Comunicaciones (may. 1990). Ciudad del Vaticano, El Vaticano. <http://www.multimedios.org/texts/anuncio.htm>.

K

KELSEN, Hans

1989: **Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho.** Obra original: *Theorie pure du droit. Introduction a la science du droit* (1953). Traducción: Moisés Nilven. Lima, Perú: Temas. 18ª ed.

KOHAGURA GAHONA, Jesús

1997: **Sin libertad de expresión no hay democracia.** **En:** FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE PERIODISTAS – OFICINA DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL PERIODISTA. El periodismo tiene mucho que decir. Los riesgos de decir la verdad, sólo la verdad. Lima, Perú: Asociación Nacional de Periodistas.

L

LACOURTE, Jean

1990: **El periodista y su conciencia.** **En:** El correo de la Unesco. Tema: Los medios de información. Las aventuras de la libertad. París, Francia. Mes de septiembre.

LANDA ARROYO, César

1996: **Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana.** **En:** Pensamiento Constitucional. Lima, Perú. Año III, n° 3.

1999: **Tribunal Constitucional y Estado Democrático.** Presentación: Peter Häberle. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

1999: **Los procesos constitucionales en la Constitución peruana de 1993.** **En:** ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Año IX, n° 18.

LAVILLA ALSINA, Ladelino

1991: **Derechos fundamentales, Estado y Sociedad.** **En:** LÓPEZ PINA, Antonio (dir.). La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia (Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho). Madrid, España: Cívitas.

LEÓN, Osvaldo

1998: **Comunicación, Globalización y Nuevas Tecnologías – Discurso.** **En:** ALAI –AGENCIA LATINOAMERICANA DE INFORMACIÓN– Y ARPAS –ASOCIACIÓN DE RADIO Y PROGRAMAS PARTICIPATIVOS DE EL SALVADOR–. Foro Internacional Comunicación y Ciudadanía. Mensajes y ponencias sobre comunicación y democracia (sep. 1998). San Salvador, El Salvador. www.presidencia.gob.pa/dislibertad.html.

LEONARDI DE HERBONI, Hebe Mabel

1989: **La cláusula de conciencia de los periodistas en la Constitución española.** **En:** Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1989-E.

LOEWENSTEIN, Karl

1976: **Teoría de la Constitución.** Obra original: *Verfassungslehre* (1969). Traducción: Alfredo Gallego. Colección: Demos, Biblioteca de Ciencia Política. Barcelona, España: Ariel. 2ª ed.

LÓPEZ CABANA, Roberto M.

1993: **Responsabilidad Civil de los Medios de Comunicación Social por la Difusión de Noticias.** **En:** Themis – Revista de Derecho. Segunda Época. Publicación Trimestral editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Nº 26.

LÓPEZ DÍAZ, Elvira

1996: **El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina.** Madrid, España: Dykinson.

LÓPEZ ROCA, Jorge Elbio

1996: **La libertad de pensamiento.** **En:** Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. Montevideo, Uruguay. T. XII, nº 67-71 (jun. 1995 – mar. 1996).

LORETI, Damián M.

1997: **El derecho a la información. Relación entre medios públicos y periodistas.** Buenos Aires, Argentina: Paidós – Estudios de Comunicación. 1º ed., 1ª reimpr.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo

1998: **El derecho a la Intimidad.** **En:** Revista Jurídica del Perú (Normas Legales). Trujillo, Perú. Año XLVIII, nº 14 (ene. – mar. 1998).

LUCAS VERDÚ, Pablo

1984: Curso de Derecho Político. Madrid, España: Tecnos. 3ª ed.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel

1991: Estudios Penales. Barcelona, España: PPU.

M

MACASSI, Sandro

1998: **El trato entre peruanos: Mirando más allá de la televisión**. En: Cuestión de Estado (Instituto Diálogo y Propuestas). Tema: Lo íntimo y lo público. ¿Cómo nos tratamos los peruanos? Lima, Perú. Nº 22 (mar. 1998).

MADLENER, Kurt

1993: **Justicia penal y libertad de prensa. Informe sobre Alemania**. En: ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS - PROYECTO JUSTICIA PENAL Y LIBERTAD DE PRENSA EN CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ. Justicia Penal y Libertad de Prensa (Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Sistema Interamericano, Alemania, España, Italia y Sistema Europeo). San José, Costa Rica: ILANUD.

MANARELLI, María Emma

1998: **Relaciones interpersonales en el ámbito de la familia y la vida cotidiana**. En: Cuestión de Estado (Instituto Diálogo y Propuestas). Tema: Lo íntimo y lo público. ¿Cómo nos tratamos los peruanos? Lima, Perú. Nº 22 (mar. 1998).

MALPARTIDA CASTILLO, Víctor

1998: Conociendo el Código Civil. Prólogo: Carlos Fernández Sessarego. Lima, Perú: Rao Jurídica.

MARKESINIS, Basil S.

1990: **Our Patchy Law of Privacy. Time to do Something about It**. En: *The Modern Law Review*. Cambridge, Estados Unidos de Norteamérica. V. 53, nº 6 (nov. 1990).

MARSHALL, Geoffrey

1989: **Declaración de derechos: Problemas básicos (III). Libertad de expresión**. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. Nº 3 (may. - ago. 1989).

MARTHOZ, Jean-Paul

1997: **El derecho a saber**. En: FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE PERIODISTAS - OFICINA DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL PERIODISTA. El periodismo tiene mucho que decir. Los riesgos de decir la verdad, sólo la verdad. Lima, Perú: Asociación Nacional de Periodistas.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo

1997: **Una introducción a la garantía de los derechos fundamentales: la pluralidad de fórmulas**. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Manuel CLAVEO ARÉVALO (dir.). El derecho público de finales de siglo: Una perspectiva iberoamericana. Madrid, España: Civitas.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAERO, José

1991: El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional. Madrid, España: Civitas. 1993.

1994: **La configuración constitucional del derecho a la intimidad.** **En:** Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado). Madrid, España. Año II, nº 3 (may. - dic. 1994).

MAYOR, Federico

1997: **Medios de comunicación y cultura de paz – Discurso.** Conferencia realizada por el Director General de la Unesco en el Encuentro de Editores y Directores de Periódicos de América Latina. Puebla, México: Inédito.

MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio

1997: **Libertad de expresión y delitos contra el honor.** **En:** Cibertextos. Revista Electrónica (Pontificia Universidad Católica del Perú, Dirección Académica de Investigación). Tema: Ponencias presentadas por Estudiantes de Derecho de nuestra Universidad en la V Convención de Derecho. Lima, Perú. Año 3, nº 7 (jun. 1997).

MEJÍA ALARCÓN, Roberto

1997: **El deber de informar.** **En:** FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE PERIODISTAS – OFICINA DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL PERIODISTA. El periodismo tiene mucho que decir. Los riesgos de decir la verdad, sólo la verdad. Lima, Perú: Asociación Nacional de Periodistas.

1997: **El periodismo tiene mucho que decir.** **En:** FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE PERIODISTAS – OFICINA DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL PERIODISTA. El periodismo tiene mucho que decir. Los riesgos de decir la verdad, sólo la verdad. Lima, Perú: Asociación Nacional de Periodistas.

MEJÍA CAICEDO, Leopoldo

1992: **¿Libertad de prensa o Miedo a la Libertad? Tesis (grado).** Bogotá, Colombia. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.

MENCHÚ, Rigoberta

1998: **Sociedad y Comunicación – Discurso Inaugural.** **En:** ALAI –AGENCIA LATINOAMERICANA DE INFORMACIÓN– Y ARPAS – ASOCIACIÓN DE RADIO Y PROGRAMAS PARTICIPATIVOS DE EL SALVADOR–. Foro Internacional Comunicación y Ciudadanía. Mensajes y ponencias sobre comunicación y democracia (sep. 1998). San Salvador, El Salvador. www.presidencia.gob.pa/dislibertad.html.

MILL, John Stuart

1985: **Sobre la libertad.** Obra original: *On liberty* (1859). Traducción: Sainz Pulido. Barcelona, España: Orbis.

MIRÓ QUESADA GARLAND, Alejandro

1991: **El periodismo.** Lima, Perú: SED.

MOLINA MATEOS, José María

1994: **Seguridad, información y poder: Una perspectiva conceptual y jurídica de la criptología.** Madrid, España: Incipit.

MONROY CABRA, Marco Gerardo

1986: **Introducción al Derecho.** Bogotá, Colombia: Temis. 7ª ed.

MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo

2000: **Perú, televisión con futuro. Análisis de la insuficiencia de información en las últimas elecciones desde la Teoría de los Derechos Fundamentales.** **En:** ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Año X, nº 20.

MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo y Alejandro NEYRA SÁNCHEZ

1997: **Con miedo al medio. Reflexiones sobre la reciente Ley de Rectificación.** **En:** ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Año VIII, nº 15.

MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo y Paolo TEJADA PINTO

1995: **Comunicación: ¿conflicto de derechos? – Discurso.** Congreso UNIV-PERÚ '95: 'Comunicar aprender a vivir' – Universidad de Piura, Facultad de Ciencias y Humanidades (oct. 1995). Piura, Perú: Inédito.

MONTOYA VIVANCO, Yvan

1997: **Bases conceptuales y político-criminales para el estudio de la tutela penal anticipada contra la discriminación racial y xenofobia.** **Tesis (doctor).** Salamanca, España: Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Área de Derecho Penal.

MORALES GODÓ, Juan

1995: **El *right of privacy* norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Un estudio comparado.** **En:** Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Nº 49 (dic. 1995).

1995: **El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información.** Lima, Perú: Grijley.

1997: **Democracia, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del ser humano.** **En:** Scribas. Revista de Derecho editada por estudiantes y egresados de las Facultades de Derecho de Arequipa. Arequipa, Perú. Año II, nº 3.

1999: **Los personajes públicos y el derecho a la intimidad.** Lima, Perú: Inédito.

MORGAN, Kenneth

1985: **El papel del 'Press Council'.** **En:** Revista del Consejo Superior del Poder Judicial. Madrid, España. Nº XI (especial).

MUENTE JIMENEZ, Carlos Eduardo

1986: **El derecho a la vida privada y las acciones de garantía (Hábeas Corpus y Amparo).** **Tesis (bachiller).** Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

N

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto

1997: **Dogmática constitucional.** Talca, Chile: Gutenberg.

1997: **La dignidad de la persona, derechos esenciales y derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.** **En:** ius et Praxis. Derecho de la Región (Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales). Talca, Chile. Año 3, nº 2.

NOVOA MONREAL, Eduardo

1979: **Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos.** México, México: Siglo Veintiuno Editores.

O

O'BRIEN, David M.

1983: **El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E.U.A. y la Primera Enmienda Constitucional.** Obra original: *The public's right to know. The Supreme Court and the First Amendment* (1981). Traducción: Agustín Barcena. México, México: Publigráficos.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier

1991: **Libertad de expresión y sus límites: Honor, intimidad e imagen.** Madrid, España: Edersa.
O'DONNELL, Daniel

1989: **Protección Internacional de los Derechos Humanos.** Lima, Perú: CAJ. 2ª ed.

OLIVEIRA, Alicia y Sofía TISCORNIA

1993. **Justicia penal y libertad de prensa. Informe sobre Argentina.** En: ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS - PROYECTO JUSTICIA PENAL Y LIBERTAD DE PRENSA EN CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ. Justicia Penal y Libertad de Prensa (Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Sistema Interamericano, Alemania, España, Italia y Sistema Europeo). San José, Costa Rica: ILANUD.

ORDOÑEZ, Jaime

1994: **Periodismo, derechos humanos y control del poder político: Una aproximación teórica.** En: ORDOÑEZ, Jaime (ed.). Periodismo, derechos humanos y control del poder político (Instituto Interamericano de Derechos Humanos). San José, Costa Rica: IIDH.

ORTEGA Y GASSET, José

1985: **La rebelión de las masas.** México, México: Planeta Artemisa.

OSORIO MELÉNDEZ, Hugo

1997: **Políticas de información y Derecho. Estudio comparado - Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Nicaragua, Perú** (Konrad Adenauer Stiftung). Santiago, Chile: Universidad Metropolitana de Ciencias de la Comunicación.

P

PACE, Alejandro

1991: **El legislador de los derechos fundamentales.** En: LÓPEZ PINA, Antonio (dir.). La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia (Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho). Madrid, España: Cívitas.

1998: **El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass media.** En: Revista Española de Derecho Constitucional. Estudio, Jurisprudencia, Crítica de Libros y Reseña Bibliográfica (Centro de Estudios Constitucionales). Madrid, España. Año 18, nº 52 (ene. - abr. 1998).

PADILLA, Miguel M.

1998: **Fuentes constitucionales del derecho a la intimidad.** En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1998-F.

PALACIO PIMENTEL, Gustavo

1987: **Manual de Derecho Civil.** Lima, Perú: Huallaga. 2ª ed, 1ª reimpr.

PALERMO, Ricardo y Leticia INSUA ALVES DE OLIVEIRA

1998: **Libertad de imprenta y derecho a la intimidad: Los justos límites entre dos garantías constitucionales.** En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1998-C.

PANTALEÓN, Fernando

1996: **La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa.** **En:** Derecho Privado y Constitución. Madrid, España. Año 4, nº 10 (set. - dic. 1996).

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel

1995: **El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas.** Prólogo: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, España: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior.

PAREJO ALFONSO, Luciano

1993: **El derecho fundamental a la intimidad.** **En:** Ius et Praxis (Universidad de Lima). Lima, Perú. Nº 21-22 (ene. - dic. 1993).

PARELLADA, Carlos Alberto

1990: **El derecho de la persona y la informática.** **En:** BUERES, Alberto J. (dir.). Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina (Universidad del Museo Social Argentino). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

PÁSARA, Luis

1985: **Libertad de prensa y democracia.** **En:** D'ORNELLAS, Manuel y otros. Libertad de prensa y democracia (Intercampus). Lima, Perú: Universidad del Pacífico.

PECCHI CROCE, Carlos y Eleodoro ORTIZ SEPÚLVEDA

1984: **Tutela procesal del derecho a la intimidad personal en Chile.** **En:** Revista de Derecho (Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales). Concepción, Chile. Año LII, nº 176 (jul. - dic. 1984).

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio

1991: **Curso de Derechos Fundamentales (I. Teoría General).** Madrid, España: Eudema.

1994: **La crisis de la libertad de expresión.** **En:** Comunicación Social. Informes anuales de la Unesco. Tema: Los medios en la configuración del Estado. Madrid, España. 1994/Tendencias.

PEGORARI RODRÍGUEZ, Carla

1988: **La Interpretación Constitucional. Tesis (bachiller).** Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

PELLETÁN, Eugenio

1869: **Derechos del hombre.** Barcelona, España: Hispana.

PEÑA CABRERA, Raúl

1992: **Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.** Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.

PÉREZ LÓPEZ, Miguel

1993: **Ubicación y definición de la interpretación constitucional.** **En:** Alegatos. Órgano de difusión del departamento de Derecho, División de Ciencias Sociales y Humanidades (Universidad Autónoma Metropolitana). México, México. Nº 24 (may. - ago. 1993).

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique

1991: **Los derechos fundamentales**. Serie: Temas Clave de la Constitución Española (Pedro de Vega, ed.). Madrid, España: Tecnos.

1993: **El derecho fundamental a la intimidad**. **En:** Ius et Praxis (Universidad de Lima). Lima, Perú. Nº 21-22 (ene. - dic. 1993).

1993: **Las generaciones de los derechos humanos**. **En:** Diálogo con la Jurisprudencia. Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial (Gaceta Jurídica). Lima, Perú. Año I, nº 1.

1995: **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid, España: Tecnos. 5ª ed.

1996: **Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?** **En:** PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique (coord.). Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio. Serie: Monografías Jurídicas. Madrid, España: Marcial Pons.

PEREZ TREMP, Pablo

1991: **Los derechos fundamentales**. **En:** LÓPEZ GUERRA, Luis y otros. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos (Derecho Constitucional; 1). Valencia, España: Tirant lo Blanch.

1999: **Criterios de interpretación de los derechos fundamentales - Discurso**. Arequipa, Perú: Inédito.

PERLA ANAYA, José

1987: **El derecho de rectificación: Defensa constitucional sin regulación civil**. **En:** Revista del Foro (Colegio de Abogados de Lima). Lima, Perú. Año LXXIV, nº 1 (ene. - jun. 1987).

1997: **La prensa, la gente y los gobiernos**. Lima, Perú: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. 3ª ed. (corr. y aum.).

PICADO, Sonia

1994: **La información como un derecho humano colectivo**. **En:** ORDOÑEZ, Jaime (ed.). Periodismo, derechos humanos y control del poder político (Instituto Interamericano de Derechos Humanos). San José, Costa Rica: IIDH.

PIRONIO, Eduardo

1996: **El primer areópago del tiempo moderno es el mundo de la comunicación - Discurso**. Primer Congreso de Comunicadores Católicos. Mar de Plata, Argentina. <http://www.multimedios.org/bec/etexts/areopago.htm>

PIZARRO, Ramón Daniel

1998: **Responsabilidad de los medios de prensa. Acerca de la denominada doctrina 'Campillay'**. **En:** Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1998-D.

PONTIFICIO CONSEJO PARA LAS COMUNICACIONES SOCIALES

1991: **Ética en la publicidad**. Colección: Documentos Vaticanos. Ciudad del Vaticano, El Vaticano: Editrice Vaticana.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto

1996: **Todo sobre el Código Penal**. Lima, Perú: IDEMSA.

PRAELI PÉREZ, José Eduardo

1985: **El derecho a la intimidad personal y familiar. Tesis (bachiller).** Lima, Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

PRIESS, Frank

1997: **La comunicación frente a la expansión de los mercados: la comunicación pública. Una perspectiva alemana.** En: Diálogos de la Comunicación. Revista teórica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social. Tema: IX Encuentro Latinoamericano de Facultades de Comunicación Social. Lima, Perú. N° 48 (oct. 1997).

PRIETO SANCHÍS, Luis

1984: **Garantías de las libertades y derechos fundamentales. Comentario introductorio al Capítulo IV.** En: ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.). Constitución Española de 1978. Revista de Derecho Público. Comentarios a las Leyes Públicas. Madrid, España: Edersa.

1984: **Artículo 53. Protección de los Derechos Fundamentales.** En: ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.). Constitución Española de 1978. Revista de Derecho Público. Comentarios a las Leyes Públicas. Madrid, España: Edersa.

PRIORI POSADA, Giovanni Francesco

1997: **La tutela de los intereses difusos: Una aproximación desde el el derecho procesal constitucional.** En: Cibertextos. Revista Electrónica (Pontificia Universidad Católica del Perú, Dirección Académica de Investigación). Tema: Ponencias presentadas por Estudiantes de Derecho de nuestra Universidad en la V Convención de Derecho. Lima, Perú. Año 3, n° 7 (jun. 1997).

PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN (PROVEA) - ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS

1998 (últ. rev.). **Derechos Humanos.** Caracas, Venezuela. www.derechos.org.ve.html

PUCCINELLI, Óscar Raúl

1997: **Tipos y subtipos de Hábeas Data en el Derecho Constitucional Latinoamericano, con especial referencia al caso peruano.** En: Diálogo con la Jurisprudencia. Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial (Gaceta Jurídica). Lima, Perú. Año III, n° 5.

PULGARÍN CARDONA, Albeiro

1994: **Hermenéutica Constitucional ante el Estado de Derecho. Justificación y objetivo de la temática a tratar.** En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política (Universidad Pontificia Bolivariana). Caracas, Venezuela. N° 94.

Q

QUIROGA LEÓN, Aníbal

1985: **La interpretación constitucional.** En: Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. N° 39 (dic. 1985).

QUISPE MEROVICH, Carina

1996: **El hábeas data y los sistemas de información.** En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1996-E. www.congreso.cl/biblioteca/estudios/derechoa.htm.

R

RAMÍREZ, Luis Rodolfo

1993: **Justicia penal y libertad de prensa. Informe sobre Guatemala.** En: ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS - PROYECTO JUSTICIA PENAL Y LIBERTAD DE PRENSA EN CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ. Justicia Penal y Libertad de

Prensa (Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Sistema Interamericano, Alemania, España, Italia y Sistema Europeo). San José, Costa Rica: ILANUD.

REBOLLO VARGAS, Rafael

1992: Aproximación a la Jurisprudencia Constitucional: Libertad de expresión e información y sus límites penales. Barcelona, España: PPU.

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1999: Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión. Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica: CIDH.

RESCIGNO, Pietro

1986: Comentarios al Libro de Derecho de las Personas del nuevo Código Civil peruano de 1984. En: UNIVERSIDAD DE LIMA – FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS y ASSLA – ASSOCIAZIONE DI STUDI SOCIALI LATINOAMERICANI. El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano. Trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y la *Associazione di Studi Sociali Latinoamericani*. Lima, Perú: Cultural Cuzco.

RIVERA, Julio

1986: El Derecho de réplica, rectificación o respuesta. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1985–E.

ROBLES, Gregorio

1992: Los derechos fundamentales y la ética de la sociedad actual. Madrid, España: Civitas.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo

1991: Libertad de expresión y derecho al honor: Criterios jurisprudenciales para la resolución del conflicto. En: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a Eduardo García de Enterría. Madrid, España: Civitas.

RODRIGUEZ P., Jesús

1994: El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: el derecho a la intimidad. En: Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado). Madrid, España. Año II, nº 3 (may. – dic. 1994).

ROMERO COLOMA, Aurelia María

1991: Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal. Barcelona, España: Serlipost.

RUBIO CORREA, Marcial

1986: Título Preliminar. Biblioteca: Para leer el Código Civil; III. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

1992: El ser humano como persona natural. Biblioteca: Para leer el Código Civil; XII. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

1993: El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Colección: Textos Jurídicos (Pontificia Universidad Católica del Perú). Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP. 6ª ed. (corr. y aum.).

1994: Para conocer la Constitución de 1993. Lima, Perú: DESCO. 3ª ed.

RUBIO LLORENTE, Francisco

1995: Derechos fundamentales y principios constitucionales. Doctrina Jurisprudencial. Barcelona, España: Ariel.

RUIZ MIGUEL, Carlos

1994: El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Madrid, España: Civitas.

1996: El significado jurídico del principio de la dignidad de la persona en el Ordenamiento Español. En: Scribas. Revista de Derecho editada por estudiantes y egresados de Derecho de Arequipa. Arequipa, Perú. Año 1, nº 2.

S

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto

1987: La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad. Barcelona, España: Ariel.

SAGÜÉS, Néstor Pedro

1991: La interpretación de la Constitución. Poder Judicial versus Poder Constituyente. En: Lecturas sobre Temas Constitucionales (Comisión Andina de Juristas). Lima, Perú. Nº 7.

1992: Derecho constitucional y Libertad de Prensa: Nuevas Perspectivas. En: BIDART CAMPOS, Germán y otros. Doctrina Constitucional (Instituto de Divulgación y Estudios Jurídicos Constitucionales). Trujillo, Perú: Libertad.

1996: La interpretación constitucional, instrumento y límite del juez constitucional. En: Anuario de Derecho Constitucional. Medellín, Colombia. Año 1996.

1997: El concepto constitucional de 'Dignidad de la Persona' y su precisión. En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas). Lima, Perú. V. 52, nº 2 (1995); v. 53 (1996); v. 54, nº 1 (1997).

SALVADOR CODERCH, Pablo

1990: El mercado de las ideas. Colección: Estudios Constitucionales. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

SANCHEZ GONZALEZ, Santiago

1992: La libertad de expresión. Colección: Monografías Jurídicas. Prólogo: Antonio Torres del Moral. Madrid, España: Marcial Pons.

SCHMITT, Carl

1992: Teoría de la Constitución. Obra original: *Verfassungslehre*. Traducción: Francisco Ayala. Epilogo: Manuel García-Pelayo. Madrid, España: Alianza Editorial. 1ª ed., 1ª reimpr.

SEMINERIO, María

1999: Free speech and privacy forever linked. En: *ZD Net. Technologies Headlines.* Canberra, Australia (abr. 1999). <http://www.yahoo.com/headlines/technology/zdnet/story.html>.

SEMPERE RODRÍGUEZ, César

1984: **Artículo 18. Derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.** En: ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.). Constitución Española de 1978. Revista de Derecho Público. Comentarios a las Leyes Públicas. Madrid, España: Edersa.

SERNA, Pedro

1998: **La llamada 'censura previa judicial' y el Derecho Constitucional argentino.** En: SECRETARÍA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Liber Amicarum*: Héctor Fix-Zamudio (OEA y Unión Europea). San José, Costa Rica: CIDH.

SOCIEDAD INTERAMERICANA DE PRENSA

1999 (últ. rev.). **Página web de la Sociedad Interamericana de Prensa.** www.sipiapa.org/esp/home.html

SOLANO, Mario y otros

1993: **Justicia penal y libertad de prensa. Informe sobre El Salvador.** En: ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS - PROYECTO JUSTICIA PENAL Y LIBERTAD DE PRENSA EN CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ. Justicia Penal y Libertad de Prensa (Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Sistema Interamericano, Alemania, España, Italia y Sistema Europeo). San José, Costa Rica: ILANUD.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José

1988: **Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información.** En: Revista Española de Derecho Constitucional. Estudio, Jurisprudencia, Crítica de Libros y Reseña Bibliográfica (Centro de Estudios Constitucionales). Madrid, España. Año 8, nº 23 (may. - ago. 1988).

1991: **Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales.** En: Revista de Estudios Políticos. Nueva Época (Centro de Estudios Constitucionales). Madrid, España. Nº 71 (ene. - mar. 1991).

1991: **La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales.** En: Revista Española de Derecho Constitucional. Estudio, Jurisprudencia, Crítica de Libros y Reseña Bibliográfica (Centro de Estudios Constitucionales). Madrid, España. Año 11, nº 32.

SORIA, Carlos

1981: **Derecho a la Información y Derecho a la Honra.** Barcelona, España: ATE.

1994: **Las relaciones entre la información y el poder político: revisión crítica de la teoría del 4º poder.** En: Diálogos de la Comunicación. Revista teórica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social. Lima, Perú. Nº 38 (ene. 1994).

SPOTA, Alberto Antonio

1992: **Libertad de expresión.** En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1992-B.

STEIN, Torsten

1996: **Criterios de interpretación de la Constitución.** En: Lecturas sobre Temas Constitucionales (Comisión Andina de Juristas). Tema: La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios; III. Lima, Perú. Nº 12.

T

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando

1989: **Los sistemas de interpretación.** En: *Ius et Praxis* (Universidad de Lima). Lima, Perú. Nº 13 (jun. 1989).

TELELEY

2000: **Constituciones del mundo.** **En:** Navegador Jurídico Internacional. Lima, Perú. www.asesor.com.pe/teleley/naveg.htm.

TRAVIESO, Juan Antonio

1989: **Derechos humanos, derecho internacional e informática.** **En:** Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1989-D.

1998: **La libertad de expresión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.** **En:** Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. T. 1998-E.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1999: **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Acción de Amparo. Hábeas Corpus, Acción de Cumplimiento, Acción de Inconstitucionalidad, Conflicto de Competencia.** Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

U

UGARTE DEL PINO, Juan Vicente

1978: **Historia de las Constituciones del Perú.** Lima, Perú: Andina.

UGAZ SANCHEZ-MORENO, José Carlos

1996: **Libertad de expresión y Ley Penal.** **En:** Scribas. Revista de Derecho editada por estudiantes y egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú. Año I, nº 1.

1997: **Algunos apuntes sobre la conflictiva relación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor en el Perú de hoy.** **En:** ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Año VIII, nº 15.

1999: **Prensa juzgada. Treinta años de juicios a periodistas peruanos. 1969 - 1999.** (Instituto Prensa y Sociedad y *The Freedom Forum*). Lima, Perú: UPC.

ULIBARRI, Eduardo

1992: **Entre el activismo y la crítica.** **En:** Cuadernos de CAPEL (Instituto Latinoamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral). Tema: El rol de los medios de comunicación en el proceso de transición y consolidación democrática en América Latina. San José, Costa Rica. Nº 36.

1994: **La información como derecho individual y colectivo.** **En:** ORDOÑEZ, Jaime (ed.). Periodismo, derechos humanos y control del poder político (Instituto Interamericano de Derechos Humanos). San José, Costa Rica: IIDH.

URQUIZO OLAECHEA, José

1993: **Los delitos contra el honor en el nuevo Código Penal.** **En:** Revista Peruana de Ciencias Peruanas (José Urquizo Olaechea, dir.). Lima, Perú. Año I, nº 1 (ene. - jun. 1993).

1994: **Conflicto de derechos. Honor y Libertad de Expresión.** **En:** Revista Peruana de Ciencias Peruanas (José Urquizo Olaechea, dir.). Lima, Perú. Año II, nº 3 (ene. - jun. 1994).

V

VALENCIA ZEA, Arturo

1986: **Los derechos de la persona (o derechos humanos) en el nuevo Código Civil del Perú de 1984.** **En:** UNIVERSIDAD DE LIMA - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS y ASSLA - *ASSOCIAZIONE DI STUDI SOCIALI LATINOAMERICANI*. El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano. Trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y la *Associazione di Studi Sociali Latinoamericani*. Lima, Perú: Cultural Cuzco.

VAN ALSTYNE, William

1986: **Congressional power and free speech: Levy's legacy revisited. Leonard Levy: Emergence of a free press - Book review.** **En:** *The Harvard Law Review*. Boston, Estados Unidos de Norteamérica. V. 95, nº 5 (mar. 1986).

VARGAS LLOSA, Mario

1990: **Una batalla cultural.** **En:** El correo de la Unesco. Tema: Los medios de información. Las aventuras de la libertad. París, Francia. Mes de septiembre.

1996: **Dinosaurios en tiempos difíciles.** **En:** ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Año VII, nº 13.

VÁSQUEZ, Aldo

1998: **Conflicto entre intimidad y libertad de información. La experiencia europea.** Lima, Perú: Universidad de San Martín de Porres.

VERVAELE, J.

1993: **El Sistema Europeo. Libertad de prensa, libertad de expresión y protección de los bienes jurídico penales.** **En:** ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS - PROYECTO JUSTICIA PENAL Y LIBERTAD DE PRENSA EN CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ. Justicia Penal y Libertad de Prensa (Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Sistema Interamericano, Alemania, España, Italia y Sistema Europeo). San José, Costa Rica: ILANUD.

VILLANUEVA, Ernesto

1997: **¿Qué debe prevalecer?: Una reflexión documentada. ¿La libertad de expresión vs. el honor de las personas?** **En:** Revista Mexicana de Comunicación (Fundación Manuel Buendía). México, México. Nº 47 (feb. - mar. 1997). <http://cern.itesm.mx/dacs/buendia/mc/rmc48/libertad.html>.

1997: **Intimidad e informática.** **En:** Media Comunicación. México, México. Año 4, nº 29 (dic. 1997). www.planet.com.mx/media/edicion29/informat.htm

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio

1994: **Protección de datos personales, derecho de ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993.** **En:** Revista Española de Derecho Constitucional. Estudio, Jurisprudencia, Crítica de Libros y Reseña Bibliográfica (Centro de Estudios Constitucionales). Madrid, España. Año 14, nº 41 (may. - ago. 1994).

VILLAVICENCIO T., Felipe

1997: **Derecho Penal. Antecedentes, Fuentes, Concordancias, Comentarios, Jurisprudencia.** Lima, Perú: Grijley. 2ª ed. (aum. y corr.).

VIVES ANTÓN, T. S.

1990: **Delitos contra el honor.** **En:** VIVES ANTÓN, T. S. (coord.). Derecho Penal. Parte Especial. Valencia, España: Tirant lo blanch.

VON MÜNCH, Ingo

1997: ***Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania***. **En:** VON MÜNCH, Ingo y otros. Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada. Madrid, España: Civitas.

VON SAVIGNY, Friedrich.

1948: ***Sistema del Derecho Romano actual***. Obra Original: *System des heutigen Römischen Recht*. Madrid, España: Centro Editorial de Góngora.

W

WAISBORD, Silvia

1998: ***¿Nada más que la verdad? Periodismo fiscalizador, investigación y modernidad***. **En:** Diálogos de la Comunicación. Revista teórica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social. Lima, Perú. Nº 57 (may. 1998).

WARREN, Samuel y Louis BRANDEIS

1995: ***El derecho a la intimidad***. Título original: *The Right to Privacy* (En: *Harvard Law Review*, v. IV, nº 5, 1890). Traducción: Benigno Pendás y Pilar Baselga. Madrid, España: Civitas.

WESTIN, Allan F.

1991: ***Civil liberties in the technology age. Safeguarding the framers' guarantees requires a vigilant Congress and a watchful citizenry***. **En:** *Constitution. A journal of the foundation for the U.S. Constitution*. New York, Estados Unidos de Norteamérica. V. 3, nº 1, Winter/1991.

WHITE, G. Edward

1996: ***The First Amendment Comes of Age: The emergence of Free Speech in Twentieth-Century America***. **En:** *Michigan Law Review*. Michigan, Estados Unidos de Norteamérica. V. 95, nº 2 (nov. 1996).

WILHEIM, Patricia

1990: ***El secreto de las fuentes***. **En:** El correo de la Unesco. Tema: Los medios de información. Las aventuras de la libertad. París, Francia. Mes de septiembre.

WILSON, William

1990: ***Privacy, Confidence and Press Freedom: A Study in Judicial Activism***. **En:** *The Modern Law Review*. Cambridge, Estados Unidos de Norteamérica. V. 53, nº 1 (ene. 1990).

Z

ZAFFARONI, Eugenio Raúl

1993: ***Las limitaciones a la libertad de prensa utilizando el poder punitivo formal en América Latina***. **En:** ILANUD y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS – PROYECTO JUSTICIA PENAL Y LIBERTAD DE PRENSA EN CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ. Justicia Penal y Libertad de Prensa (Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Sistema Interamericano, Alemania, España, Italia y Sistema Europeo). San José, Costa Rica: ILANUD.

ZAGREBELSKY, Gustavo

1995: El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Serie: Clásicos de la Cultura. Obra original: *Il Diritto mitte. Logge diritti giustizia* (1992). Traducción: Marina Gascón. Epílogo: Gregorio Peces-Barba. Madrid, España: Trotta.

ZANNONI, Eduardo A. y Beatriz R. BÍSCARO

1993: Responsabilidad de los medios de prensa. Libertad de expresión y derechos personalísimos. Ejercicio abusivo de la libertad de información. Responsabilidad penal de editores y directores. Obtención de información por medios ilícitos. Noticias inexactas, falsas y erróneas. Derecho de respuesta. Buenos Aires, Argentina: Astreas.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio

1990: La interpretación de la Constitución. En: Revista Chilena de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho). Santiago, Chile. V. 17, nº 1 (ene. - abr. 1990).

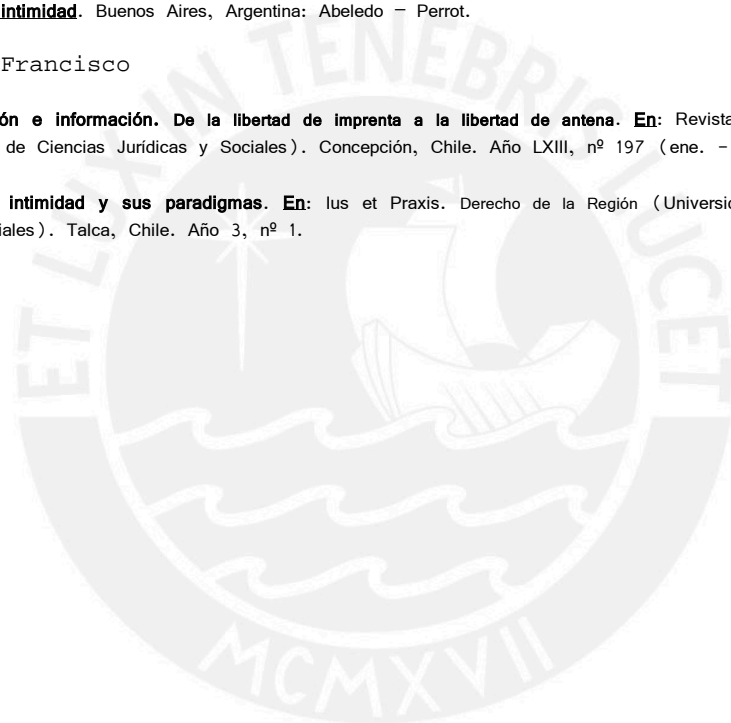
ZAVALA DE GONZÁLES, Matilde

1982: El derecho a la intimidad. Buenos Aires, Argentina: Abeledo - Perrot.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco

1995: Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena. En: Revista de Derecho (Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales). Concepción, Chile. Año LXIII, nº 197 (ene. - jun. 1995).

1997: El derecho a la intimidad y sus paradigmas. En: *Ius et Praxis*. Derecho de la Región (Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales). Talca, Chile. Año 3, nº 1.



Índice



Introducción	vi
Parte I - Base Teórica: La determinación de contenidos en la Teoría de los Derechos Fundamentales	01
Capítulo Primero: Cuestiones básicas de una Teoría de los Derechos Fundamentales	03
1. El cambio ideológico subyacente en el Constitucionalismo Contemporáneo	04
1.1. Antes, la relación con el Estado	05
1.2. Hoy, la relación con la Constitución	09
1.2.1. Un abanico de posibilidades	09
1.2.2. La contextualización del análisis	22
1.2.2.1. Los instrumentos internacionales	22
1.2.2.2. Los rasgos nacionales	27
2. La fuerza organizadora de la Norma Fundamental	29
2.1. La Constitución de la post-guerra	29
2.1.1. La confluencia de lo político y lo jurídico	30
2.1.2. Su exigibilidad directa	32
2.1.3. El dinamismo constitucional	34
2.2. Una novedosa percepción de la Constitución	36
2.2.1. Implicancias de interpretar la Constitución	36
2.2.2. Sugerencias complementarias	39
2.2.2.1. La visión hermenéutica	39
2.2.2.2. Los principios neutrales	42
2.2.2.3. El aporte social	46
3. El renovado sentido de los derechos fundamentales	48
3.1. La conceptualización actual	48

3.1.1.	El problema reduccionista	49
3.1.2.	El carácter de superrefuerzo	52
3.1.3.	El cimiento de los derechos fundamentales	54
3.1.3.1.	El respeto por la Constitución	54
3.1.3.2.	La vigencia del Estado de Derecho	56
3.2.	Su presentación como normas	61
3.2.1.	Las normas de los derechos fundamentales	61
3.2.2.	Validez de las normas nacionales	64
3.2.3.	La cualidad de apertura	68
Capítulo Segundo: La bidimensionalidad a partir de la determinación de contenidos		72
1. El sustento dogmático de la determinación de contenidos		72
1.1.	El equilibrio de derechos como método	73
1.2.	La eliminación de incertidumbre	77
1.2.1.	El criterio contextual	78
1.2.2.	El criterio extracontextual	82
2. La dimensión individual de los derechos fundamentales		82
2.1.	'Un' derecho fundamental	83
2.1.1.	La configuración como propósito	83
2.1.2.	El desarrollo de la norma en soledad	88
2.1.3.	La doble naturaleza de los derechos fundamentales	93
2.1.3.1.	Ámbito negativo	93
2.1.3.2.	Ámbito positivo	95
2.2.	Elementos configuradores	97
2.2.1.	Componentes objetivos	98
2.2.1.1.	El bien jurídico tutelado	98
2.2.1.2.	Los supuestos de hecho	98
2.2.2.	Componentes subjetivos	99
2.2.2.1.	Los titulares	100
2.2.2.2.	Los destinatarios	104
2.3.	El acto de concretización	108
2.3.1.	El contenido esencial	108
2.3.1.1.	La modificación de su significado	108
2.3.1.2.	Como núcleo duro	114
2.3.1.3.	La norma declarativa	117
2.3.2.	El contenido accidental	120
2.3.2.1.	Los clásicos límites	122
2.3.2.2.	La debida diferenciación	124
3. La dimensión concomitante de los derechos fundamentales		125
3.1.	'Los' derechos fundamentales	125
3.1.1.	La evolución en el tratamiento de los derechos	126
3.1.1.1.	Tratamiento como conflicto	127
3.1.1.2.	Tratamiento como colisión	131
3.1.1.3.	Tratamiento como determinación de contenidos	133
3.1.2.	El desarrollo de la norma en un conjunto normativo	137
3.2.	Un procedimiento metódico	143

3.2.1. Identificación de las situaciones relacionales	144
3.2.2. Los criterios de evaluación	144
3.2.2.1. La prohibición de exceso	146
3.2.2.2. Los criterios específicos	152
3.2.3. El resultado final	153
3.3. Las consecuencias funcionales	157
3.3.1. El ejercicio abusivo	157
3.3.2. La salvaguardia de los derechos fundamentales	159

Parte II - Dimensión Individual: El establecimiento de las alternativas de la comunicación del discurso y el respeto propio 161

Capítulo Tercero: La comunicación del discurso (información y expresión)	164
1. La información y la expresión en el Constitucionalismo Contemporáneo	167
1.1. Los dos derechos involucrados	168
1.1.1. En principio, información, opinión, expresión y difusión del pensamiento	168
1.1.2. En realidad, sólo información y expresión	176
1.1.2.1. Crítica al planteamiento constitucional	176
1.1.2.2. La dualidad de derechos	179
1.1.2.3. La información y la expresión como derechos distintos	187
1.2. Su doble naturaleza	192
1.2.1. Ámbito negativo	193
1.2.1.1. La información y la expresión como libertades: una visión incompleta	193
1.2.1.2. La autorrealización personal	198
1.2.2. Ámbito positivo	199
1.2.2.1. La información y la expresión como derechos: una visión completa	200
1.2.2.2. Los cometidos sociales	203
2. Los elementos configuradores	222
2.1. Componentes objetivos	222
2.1.1. Los bienes jurídicos tutelados	223
2.1.1.1. El bien jurídico información	230
2.1.1.2. El bien jurídico opinión	232
2.1.2. Los supuestos de hecho	234
2.1.2.1. Acceso al discurso	235
2.1.2.2. Difusión del discurso	241
2.2. Componentes subjetivos	244
2.2.1. Los titulares	244
2.2.1.1. Personas naturales	244
2.2.1.2. Personas jurídicas	264
2.2.2. Los destinatarios	265
2.2.2.1. El Estado	266
2.2.2.2. Los particulares	278
3. El acto de concretización	280
3.1. El contenido esencial	280
3.1.1. Veracidad de la información	281
3.1.2. La congruencia de la expresión	287
3.2. El contenido accidental	289

3.2.1. Los clásicos límites	292
3.2.2. Los derechos y bienes diferenciables	304
Capítulo Cuarto: El respeto propio (honor y vida privada)	308
1. El honor y la vida privada en el Constitucionalismo Contemporáneo	310
1.1. Los dos derechos involucrados	310
1.1.1. En principio, honor y reputación, intimidad personal y familiar	310
1.1.2. En realidad, sólo honor y vida privada	316
1.1.2.1. Crítica al planteamiento constitucional	316
1.1.2.2. La dualidad de derechos	318
1.1.2.3. El honor y la vida privada como derechos distintos	323
1.2. Su doble naturaleza	328
1.2.1. Ámbito negativo	328
1.2.1.1. La dignidad de la persona	328
1.2.1.2. ¿Derechos de personalidad?	332
1.2.2. Ámbito positivo	337
2. Los elementos configuradores	343
2.1. Componentes objetivos	343
2.1.1. Los bienes jurídicos tutelados	343
2.1.1.1. El bien jurídico honor	344
2.1.1.2. El bien jurídico vida privada	362
2.1.2. Los supuestos de hecho	373
2.1.2.1. Respeto como protección	373
2.1.2.2. Respeto como proyección	398
2.2. Componentes subjetivos	408
2.2.1. Los titulares	409
2.2.1.1. Personas naturales	413
2.2.1.2. Personas jurídicas	422
2.2.2. Los destinatarios	422
2.2.2.1. El Estado	422
2.2.2.2. Los particulares	423
3. El acto de concretización	424
3.1. El contenido esencial	425
3.1.1. La simetría del honor	425
3.1.2. La corporeidad de la vida privada	427
3.2. El contenido accidental	427
3.2.1. Los clásicos límites	428
3.2.2. Los derechos y bienes diferenciables	434

Parte II - Dimensión Concomitante: El establecimiento de la situación relacional entre la comunicación del discurso y el respeto propio 442

Capítulo Quinto: Situaciones relacionales: Procedimiento y consecuencias funcionales 443

1. 'Los' derechos fundamentales	444
1.1. Descripción del espacio en relación	444
1.2. La evolución en el examen de los derechos en concordancia	446
1.2.1. El tratamiento como conflicto	446

1.2.1.1.	Primacía de los derechos de respeto propio	447
1.2.1.2.	Primacía de los derechos de comunicación del discurso	448
1.2.2.	Tratamiento como colisión	451
1.2.2.1.	Prevalencia del respeto propio	452
1.2.2.2.	Prevalencia de la comunicación del discurso	454
1.2.3.	Tratamiento como determinación de contenidos	459
2.	Un procedimiento metódico	462
2.1.	La curva de situaciones relacionales	462
2.1.1.	Las relaciones entre expresión y honor	464
2.1.2.	Las relaciones entre información y vida privada	467
2.1.3.	Las relaciones entre información y honor	472
2.2.	La evaluación de las situaciones relacionales	474
2.2.1.	La prohibición de exceso	474
2.2.1.1.	El criterio de adecuación	475
2.2.1.2.	El criterio de necesidad	476
2.2.1.3.	El criterio de proporcionalidad	477
2.2.2.	El desarrollo colectivo	479
2.2.2.1.	El criterio de proyección pública	483
2.2.2.2.	El criterio de interés del público	491
2.3.	El resultado final	499
3.	Las consecuencias funcionales	500
3.1.	El ejercicio abusivo de la comunicación del discurso	501
3.1.1.	El discurso perjudicial	503
3.1.1.1.	El enunciado factual	503
3.1.1.2.	El medio empleado	505
3.1.2.	La ausencia de consentimiento	510
3.1.3.	La forma de vulneración	515
3.1.3.1.	El daño	515
3.1.3.2.	La atribución de responsabilidad	521
3.2.	La salvaguardia del respeto propio	527
3.2.1.	La tutela judicial	529
3.2.1.1.	La protección <i>ex - ante</i>	529
3.2.1.2.	La protección <i>ex - post</i>	543
3.2.2.	Control efectivo de los medios de comunicación social	564
3.2.2.1.	La opción legislativa	567
3.2.2.2.	El Ombudsman de los medios de comunicación social	581
Capítulo Sexto: La bisección de aspectos tutelados		594
1.	Expresión y honor	595
1.1.	Acceso a opiniones y honor en general	597
1.2.	Difusión de opiniones a través de medios privados y honor en general	597
1.2.1.	El valor de los volantes	599
1.2.2.	La ofensa pública	602
1.2.3.	Analizando el trabajo de los demás	602
1.2.3.1.	Los típicos reclamos	603
1.2.3.2.	El producto de un proceso interno	604
1.2.3.3.	Reacciones normales de un padre de familia	605
1.2.4.	Reproches familiares	606

1.2.5. Defendiéndonos de los demás	606	
1.3. Difusión de opiniones a través de medios periodísticos y honor individual		607
1.3.1. El debate público	609	
1.3.2. Crítica a una gestión urbanística	610	
1.3.3. El particular en el medio	611	
1.3.3.1. Cartas y llamadas	611	
1.3.3.2. Entrevistas	613	
1.3.4. Desacatando una orden	614	
1.3.5. Asesorando desde la impunidad	617	
1.3.6. Las ideas empresariales	620	
1.3.7. En defensa de la vida	621	
1.3.8. Con miedo al medio	622	
1.3.9. El ataque personal	625	
1.3.10. La contingencia política	628	
1.3.11. Cantándole al pueblo	630	
1.4. Difusión de opiniones a través de medios periodísticos y honor de personas jurídicas	632	
1.4.1. Calificando a las empresas	632	
1.4.2. La tutela del Estado	633	
1.4.2.1. El 'intachable' gobierno nacional	634	
1.4.2.2. Una protección indirecta	636	
1.5. Difusión de opiniones a través de medios periodísticos y honor de colectivos		638
1.5.1. Una cuestión de raza	639	
1.5.2. Frases exageradamente amplias	641	
1.6. Difusión de opiniones a través de discursos imaginativos y honor en general		642
1.6.1. Fotomontaje	643	
1.6.2. Sarcasmo	646	
1.6.3. Caricatura	647	
1.7. Difusión de opiniones a través de internet y honor en general		649
2. Información y vida privada	652	
2.1. Recepción de informaciones y autonomía	653	
2.2. Recepción de informaciones e intimidad	655	
2.3. Búsqueda de información y no-revelación de datos personales		655
2.3.1. Procesos judiciales	656	
2.3.2. Las entidades privadas y públicas	656	
2.3.2.1. Informes personales	659	
2.3.2.2. Datos sensibles	660	
2.4. Búsqueda de informaciones y autodeterminación informativa		660
2.5. Difusión de informaciones a través de medios privados y vida privada en general		665
2.6. Difusión de informaciones a través de medios periodísticas y vida privada en general	666	
2.6.1. Respetando nuestra residencia	666	
2.6.2. Revelando nuestro interior	668	
2.6.2.1. La publicación de una carta	668	
2.6.2.2. Centrándonos en los datos sensibles	669	
2.6.2.3. Descubriendo confidencias	670	
2.6.2.4. Interceptando la plática	673	
2.6.3. En la política de población	677	

2.6.4.	La deferencia por la familia	678
2.6.4.1.	La vida marital	678
2.6.4.2.	La condescendencia por el apellido	680
2.6.5.	Previnendo la afectación	681
2.6.6.	Transmisiones en vivo	686
2.6.7.	Las actividades punitivas	688
2.6.7.1.	En el ámbito policial	688
2.6.7.2.	En el ámbito judicial	690
2.6.8.	Momentos delicados de la persona	693
2.6.8.1.	Cerca a la expiración	693
2.6.8.2.	Un suicidio	695
2.6.9.	El desmedido encanto de un suceso	695
2.6.10.	Los menores en la noticia	698
2.6.11.	Fotografiando a famosos	702
2.7.	Difusión de información a través de relatos reales y vida privada en general	706
2.7.1.	Recuerdos	706
2.7.1.1.	En las películas	707
2.7.1.2.	En las obras literarias	709
2.7.1.3.	En los reportajes	713
2.7.2.	<i>False light</i>	713
2.8.	Difusión de informaciones a través de internet y vida privada en general	714
3.	Información y honor	715
3.1.	Acceso a informaciones y honor en general	715
3.2.	Difusión de información a través de medios privados y honor en general	716
3.2.1.	Actitudes sospechosas	716
3.2.2.	La afirmación de un delito	717
3.2.3.	Información bajo forma de expresión	720
3.2.4.	Testigos en proceso administrativo	721
3.2.5.	El valor de una correspondencia	721
3.3.	Difusión de informaciones a través de medios periodísticas y honor en general	722
3.3.1.	Jugando con la vida	722
3.3.2.	La actividad privada	723
3.3.3.	La adecuada atención a los niños	727
3.3.4.	Centrándonos en la noticia	728
3.3.5.	El discurso comercial	730
3.3.6.	Infiriendo la acusación	732
3.3.7.	El reportaje neutral	733
3.3.7.1.	Comunicaciones oficiales	734
3.3.7.2.	El mensaje desde la clandestinidad	735
3.3.7.3.	Anuncio de terceros	739
3.3.7.4.	La incorporación de un anuncio	740
3.3.8.	El ámbito de protección social	741
3.3.9.	Rectificando un hecho difundido	742
3.3.10.	Delitos y más delitos	747
3.3.10.1.	Estafa	747
3.3.10.2.	Narcotráfico	748
3.3.10.3.	Corrupción	750
3.3.10.4.	Tráfico de influencias	752

3.3.10.5. Enriquecimiento ilícito	753
3.3.11. La falta de identificación del autor	755
3.3.12. El contexto informativo	756
3.4. Difusión de informaciones a través de medios periodísticos y honor de las personas jurídicas	759
3.4.1. Informando sobre las empresas	759
3.4.2. Informando sobre el Estado	761
3.5. Difusión de informaciones a través de relatos reales y honor en general	763
3.5.1. Recuerdos	763
3.5.1.1. Inventados	763
3.5.1.2. Innecesarios	764
3.5.2. <i>False light</i>	767
3.6. Difusión de informaciones a través de internet y honor en general	768
Conclusiones	769
Orientación bibliográfica	790
Índice	837

