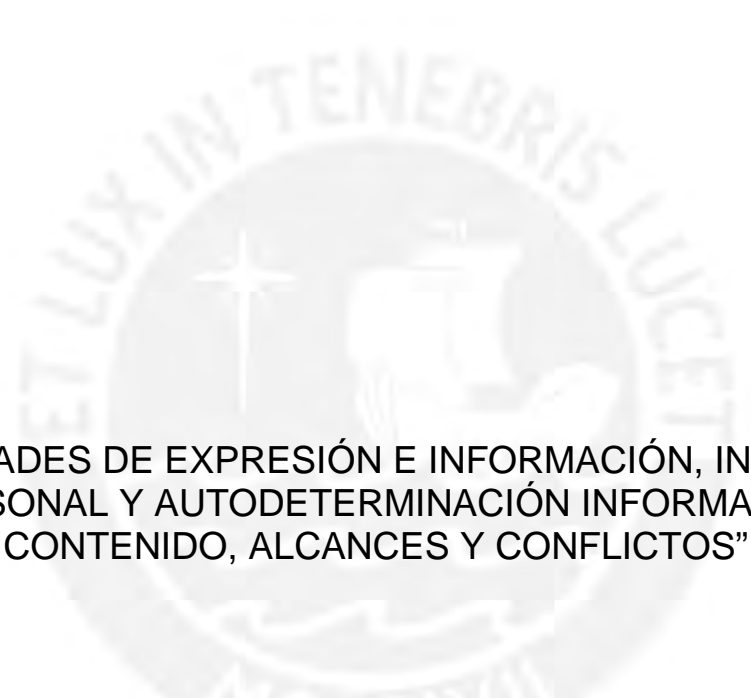


PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE GRADUADOS



“LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN, INTIMIDAD
PERSONAL Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA:
CONTENIDO, ALCANCES Y CONFLICTOS”

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en
Derecho Constitucional

Presentado por

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI

Lima, Enero del 2004

I N D I C E

Introducción		1
Capítulo I: Derecho a la Libertad de Expresión e Información		
1.1.	Contenido y evolución de los alcances del Derecho.	11
1.2.	La libertad de expresión e información en los pactos internacionales de Derechos Humanos.	14
1.3.	Su tratamiento en algunas constituciones.	19
1.4.	Las restricciones al Derecho a la libertad de expresión e información.	26
1.4.1.	Razones de seguridad nacional y orden público.	26
1.4.2.	Las razones de Moral Pública.	32
1.4.3.	Restricciones durante períodos electorales.	38
1.5.	Prohibición de toda forma de censura previa.	47
1.5.1	La posición del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.	48
1.5.1.1.	La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el “Caso Martorell”.	48
1.5.1.2.	La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el caso “La Última Tentación de Cristo”.	51
1.5.2.	Censura indirecta y “autocensura”.	56
1.6.	Las libertades de expresión e información en el ordenamiento constitucional peruano.	61

Capítulo II: Derecho a la intimidad personal y a la vida privada

2.1.	Origen, Evolución, y alcances del Derecho	67
2.2.	Su reconocimiento en los pactos internacionales de Derechos Humanos y en las constituciones.	79
2.3.	El derecho a la intimidad personal y familiar en el ordenamiento constitucional peruano.	84
2.4.	Algunos temas controvertidos acerca del contenido y alcances del derecho a la intimidad y a la vida privada.	88
2.4.1.	Intimidad personal y derecho a la utilización de la propia imagen y voz.	89
2.4.2.	Intimidad personal y veracidad de la información difundida.	93
2.4.3.	Intimidad personal y libertad de información sobre Personajes públicos o notorios.	96
2.4.4.	Otros casos de afectación de la intimidad personal	99
2.5.	Los riesgos de una virtual indefensión, en el ámbito del proceso constitucional de amparo, del derecho a la intimidad personal y a la vida privada.	103

Capítulo III: Las libertades de Expresión e Información y su colisión con otros derechos fundamentales de la personalidad: los criterios de la jurisprudencia.

3.1.	La (necesaria) distinción entre las libertades de expresión e información: la exigencia de veracidad en la actividad informativa.	108
3.2.	Afectación del honor y la reputación, requisito de veracidad de la información y responsabilidad: la doctrina de la “real malicia”.	111
3.3.	El derecho de rectificación frente a afirmaciones ofensivas o Inexactas.	118
3.4.	Responsabilidad ulterior por la vulneración de derechos fundamentales a través de la libertad de expresión e información y prohibición de toda censura previa, incluyendo los mandatos judiciales restrictivos.	124

3.4.1.	La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano	125
3.4.2.	La opción por la posición preferente de la libertad de expresión e información, en desmedro de la intimidad personal y los derechos de la personalidad.	131
3.4.3.	Por una opción que descarte la preferencia a priori de alguno de los derechos en conflicto. La necesidad de adoptar una ponderación judicial de los derechos fundamentales en colisión, considerando que un mandato judicial no constituye una censura previa.	136
3.4.4.	La particularidad especial del derecho a la intimidad personal y su afectación.	145
3.5.	La apología del terrorismo y las libertades de expresión e información.	147
Capítulo IV: El Derecho a la autodeterminación informativa y la protección frente a la utilización informática de los datos personales.		
4.1.	Surgimiento, evolución y delimitación del contenido del derecho.	151
4.2.	El derecho a la autodeterminación informativa, su incorporación constitucional y en instrumentos internacionales.	163
4.3.	El derecho a la autodeterminación informativa en la Constitución Peruana de 1993. Problemas e insuficiencias derivadas de su tratamiento defectuoso.	177
4.3.1.	Sobre el contenido y alcances de los derechos de las personas afectadas.	181
4.3.2.	Datos personales protegidos e “información sensible”.	185
4.3.3.	Las entidades o instituciones tenedoras de datos personales involucradas.	190
4.4.	El proceso constitucional de Habeas Data y su escasa utilización para la protección del Derecho a la autodeterminación informativa.	193
Conclusiones.		202
Bibliografía Básica.		222

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por **objeto** el estudio de algunos derechos fundamentales, las libertades de expresión e información, la intimidad personal y la autodeterminación informativa, cuyo desarrollo y vigencia está directamente vinculado con el afianzamiento jurídico y social de la libertad individual, la dignidad de la persona, y el régimen político democrático. Para este efecto, el trabajo analiza el contenido y alcances de cada uno de estos derechos y los principales problemas de interpretación y aplicación que le son propios. Asimismo la interrelación que se da entre estos derechos y las controversias que, muchas veces, surgen de su ejercicio, buscando determinar criterios razonables de ponderación para resolver dichos conflictos en una perspectiva que armonice y favorezca su respeto, abandonando las posturas que proclaman la posición preferente o supremacía a priori de alguno de estos derechos en desmedro de los otros.

El **interés** por los derechos objeto de este trabajo tiene diversos factores de **justificación**. De un lado, como acabamos de indicar, por su relevancia jurídica y social, tanto como tema de reflexión académica como por su incidencia para la vigencia y consolidación del Estado de Derecho y el Régimen Democrático en nuestro país. De otro lado, por la necesidad de aportar al estudio y debate de las nuevas dimensiones y contenidos que actualmente corresponden a estos derechos. En este sentido, nos ha impulsado el ánimo de desarrollar con mayor profundidad e integralidad algunos aspectos tratados en diversas investigaciones y publicaciones que realizamos durante los últimos años. Adicionalmente, el hecho que se haya empezado a contar con diversas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional donde se abordan estos temas,

situación inexistente cuando empezamos esta investigación, amerita el análisis de dicha jurisprudencia dada su contribución a la comprensión de los problemas que aquí presentamos.

Cabe resaltar que **la noción de derechos fundamentales**, en general, ha experimentado un proceso de evolución. Éstos, como anota Pérez Luño, *“han sido fruto de una doble confluencia: a) de un lado, suponen el encuentro entre la tradición filosófica humanista, representada prioritariamente por el iusnaturalismo de orientación democrática, con las técnicas de positivización y protección reforzada de las libertades propias del movimiento constitucionalista, encuentro que se plasma en el Estado de Derecho; b) de otro lado, representan un punto de mediación y de síntesis entre las exigencias de las libertades tradicionales de signo individual, con el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales”*¹.

Conviene también tener presente, siguiendo a Böquénförde, que *“la concepción actual de los derechos fundamentales se caracteriza por una doble cualificación de tales derechos. Los derechos fundamentales se conciben, por un lado, como derechos subjetivos de libertad, dirigidos al Estado, del titular individual de derechos fundamentales; y, por otro -y al mismo tiempo- como normas objetivas de principio y decisiones axiológicas que tienen validez para todos los ámbitos del derecho (...). Los derechos fundamentales rigen hoy en la práctica como principios supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto, no sólo en la relación del individuo con el poder público actuando en forma imperativa, y afectan también por ello a la relación recíproca de los actores jurídicos particulares, limitan su autonomía privada, rigen también no sólo como normas de defensa de la libertad, sino, al mismo tiempo, como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado. Esto conduce a una transformación en la estructura de la Constitución cada vez más generalizada y que afecta sobre todo a la posición y a la función del Tribunal Constitucional. En el ámbito de la jurisprudencia sobre derechos fundamentales, el Tribunal*

¹ PÉREZ LUÑO, ANTONIO: “Los derechos fundamentales; Tecnos, tercera edición; Madrid (1988); Pág. 43.

*Constitucional Federal ya no aplica únicamente contenidos previos de la Constitución, sino que se convierte en órgano de la concretización jurídico-creativa de la Constitución”.*²

Por su parte, Pérez Luño señala que los derechos fundamentales “se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores subjetivos básicos y, al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas”³. Les atribuye así una dimensión axiológica objetiva y otra subjetiva. Agrega que “el tránsito del Estado Liberal al Estado Social de Derecho ha supuesto, en este plano, la extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al seno de las relaciones entre particulares. Parece un contrasentido, por ejemplo, que el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad de expresión en la normativa constitucional pudiera ver reducida su aplicación a la exigencia de que el Estado permita la libre difusión de opiniones, pero consintiera las presiones sobre la libertad de pensamientos e ideas o la prohibición de manifestarlas, ejercitada por un empresario en relación con sus asalariados”.⁴

El propio Pérez Luño alude también a la doble función que desempeñan los derechos fundamentales: “En el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”⁵. Este criterio fue recogido por el Tribunal Constitucional Español, en su sentencia del 14 de julio de 1981, donde alude al doble carácter que tienen los derechos fundamentales y señala: “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto,

² BOQUENFORDE, ERNST-WOLFGANG: “Escritos sobre derechos fundamentales”; Nomos Verlagsgesellschaft; Baden-Baden; Alemania (1993); Pág. 95.

³ PÉREZ LUÑO, ANTONIO: Obra citada; Pág. 20.

⁴ Ibídem: Pág. 23.

⁵ Ibídem: Pág. 25.

sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia, Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado Social y Democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”.

Un rasgo característico de la mayoría de las normas constitucionales, y también de los preceptos referidos a derechos fundamentales plasmados en la Constitución, es su enunciación con un contenido general o amplio, lo que suele hacer necesario su desarrollo y precisión en los planos legislativo y jurisprudencial. Se trata también de normas frecuentemente requeridas de interpretación, para determinar su contenido, alcances y límites, función que adquiere así un papel “concretizador” del precepto constitucional y del derecho fundamental a que está referido.

Respecto a la interpretación de los derechos fundamentales, conviene tener presente lo que señala Böquénförde cuando afirma que la interpretación descifradora o concretizadora del precepto constitucional referido a un derecho fundamental *“no encuentra ningún punto de conexión suficiente en la literalidad, el significado de las palabras y el contexto normativo. Se establece y se deriva, consciente o inconscientemente, de una determinada teoría de los derechos fundamentales, entendiendo por tal teoría una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa y el alcance material de los derechos fundamentales. Esta teoría tiene su punto de referencia (la orientación sistemática) por regla general en una determinada concepción del Estado y/o en una determinada teoría de la Constitución. Su función consiste en no abandonar la interpretación de los singulares preceptos de derechos fundamentales únicamente a una técnica jurídica conformada a partir de detalladas regulaciones legales, sino en integrarla en el contexto general de una concepción del Estado/teoría de la Constitución”*⁶.

⁶ BOQUENFORDE, ERNST-WOLFGANG: Obra citada; Pág. 45.

Consideramos también necesario precisar algunos de los aspectos que confieren un nuevo interés jurídico al análisis del contenido, interpretación y aplicación de los derechos fundamentales específicos que son objeto de estudio en este trabajo. Así, si bien los derechos de libertad de expresión e información son ya bastante antiguos, la evolución y ampliación que han experimentado su contenido y alcances en tiempos más recientes les ha dado una nueva dimensión, que ya no abarca sólo el clásico ámbito del respeto a nuestro derecho a emitir y difundir opiniones, ideas, pensamientos o informaciones, sin necesidad de autorización previa o de censura; sino también el de poder recibir las expresiones e informaciones que otros producen, así como el de buscar y procurar información. No en vano se habla actualmente de un derecho de libertad de información o de comunicación.

El derecho a la intimidad personal y familiar, aunque también es muy antiguo, sólo ha alcanzado un reconocimiento constitucional expreso y autónomo en tiempos más bien recientes. Así, por ejemplo, en el caso peruano se consigna recién en la Constitución de 1979. Ello le ha dado una particularidad como derecho específico o autónomo, distinto de otros derechos también muy antiguos y que tienen en su núcleo esencial indudables elementos de conexión con la protección del derecho a la intimidad personal, como son la inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones, la correspondencia y los documentos o papeles privados, con los cuales se encontraba unido de manera indiferenciada. Pero la determinación del contenido, alcances y límites de este “nuevo” derecho a la intimidad personal y familiar, constituye un tema poco tratado y casi pendiente entre nosotros, tanto por su propia complejidad en un mundo donde cada vez se ven más recortados los espacios privados o de aislamiento, como por los escasos trabajos nacionales sobre esta materia.

El denominado derecho a la autodeterminación informativa es, más bien, enteramente novedoso en el plano constitucional, al punto que ni siquiera ha alcanzado aún identificación con esta nomenclatura propia en nuestra vigente Carta Política ni en muchas otras constituciones. Puede considerarse como un desarrollo y desdoblamiento autónomo del derecho a la intimidad personal. Su

origen está directamente ligado al vertiginoso desarrollo de la informática y las nuevas tecnologías para el registro, manejo y transmisión de la información sobre datos personales, que obligan a establecer algunos niveles de control por parte de los titulares de estos datos, así como a resguardar la privacidad y reserva de algunos de ellos frente a su circulación y difusión hacia terceros, muchas veces inconmensurables.

Pero a las insuficiencias que se observan aún en el tratamiento de la normativa nacional respecto a esta nueva dimensión de los derechos fundamentales objeto de estudio en este trabajo, se añade la necesidad de aportar mayores criterios de reflexión y análisis cuando corresponde dilucidar situaciones particulares de colisión o controversia en el ejercicio de dichos derechos. En este sentido, se aprecia como un rasgo común del origen y la esencia de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información, a la intimidad personal y, también, a la autodeterminación informativa, su intención de garantizar a su titular esferas o ámbitos de libertad para el ejercicio de estos derechos, sin la interferencia o intromisión de terceros. Inicialmente la principal preocupación era brindar protección frente a la posible injerencia restrictiva del Estado y los agentes públicos situación que, aunque no ha desaparecido, ahora se ve ampliada por la necesidad de extenderla frente al accionar de los sujetos particulares.

Si bien las libertades de expresión e información tienen singular trascendencia para la vigencia efectiva de un régimen democrático y pluralista, la formación de una opinión pública y la libre difusión de las ideas; los derechos a la intimidad personal o, incluso, a la autodeterminación informativa, tienen una importancia que trasciende el ámbito meramente individual, alcanzando una dimensión social indispensable para asegurar el respeto de la dignidad y libertad de la persona, que también constituye fundamento insoslayable de un régimen democrático.

Por ello, en este trabajo **postulamos que la solución de controversias surgidas del ejercicio válido de estos derechos fundamentales** no puede dilucidarse aplicando, de manera mecánica, doctrinas que asumen la

supremacía a priori o posición preferente de alguno de estos derechos respecto de los otros con los que puede entrar en colisión concreta. Consideramos que tanto el jurista como el juzgador deben propugnar la prevalencia de la razonabilidad y la justicia al momento de ponderar los intereses y valores en conflicto en un caso concreto, motivado en el ejercicio de determinados derechos fundamentales. Es ello lo que hace al sentido y a la especificidad de nuestra labor, exigencia que no puede satisfacerse optando, de manera muchas veces dogmática, por posiciones “fundamentalistas” que llevan a una solución casi antelada de la materia controvertida.

Al hacer referencia a esta necesidad de realizar una tarea de **ponderación**, para resolver posibles conflictos derivados del ejercicio y colisión de derechos fundamentales como la libertad de información y la intimidad personal, por ejemplo, encontramos de particular utilidad las precisiones que aporta Prieto Sanchís sobre el contenido y alcances de esta tarea. Afirma este autor que, en el plano jurídico, ponderar *“hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. Ciertamente, en el mundo del derecho, el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de algunos de ellos en el caso concreto. En cambio, donde si ha de existir equilibrio es en el plano abstracto; en principio, han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. Lo dicho sugiere que la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas”*⁷.

⁷ PRIETO SANCHÍS, LUIS: “Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial”; serie derechos y garantías N° 5; Palestra Editores; Lima (Nov. 2002); Págs. 128-129.

Respecto al desarrollo de este **juicio de ponderación**, añade Prieto Sanchís que *“el juez, ante el caso concreto, encuentra razones de sentido contradictorio y es obvio que no cabe resolver el conflicto declarando la invalidez de alguna de estas razones, que son precisamente razones constitucionales, ni tampoco afirmando que algunas de ellas han de ceder siempre en presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una jerarquía que no está en la Constitución. Tan sólo cabe entonces formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una “jerarquía móvil” o “axiológica”, y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutiva puede formularse así: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”. En palabras del Tribunal Constitucional, “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pensando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca”⁸.*

Finalmente, señala Prieto Sanchís que la ponderación se completa con el llamado **juicio de proporcionalidad**, aplicable tanto a las interferencias públicas como a las conductas privadas, indicando que éste consiste en *“acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor; aquí es donde propiamente rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuando mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna”⁹.*

⁸ Ibídem: Págs. 135-136.

⁹ Ibídem: Pág. 147.

Ahora bien, respecto a la **metodología seguida para la elaboración de este trabajo**, hemos procedido a analizar los aportes teóricos de la doctrina constitucional comparada y nacional referida a los derechos fundamentales objeto de estudio. También lo recogido sobre esta materia en los pactos internacionales sobre derechos humanos y en los textos constitucionales locales y foráneos, así como los principales desarrollos legislativos en este campo. Asimismo, hemos recogido y analizado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de diversos tribunales constitucionales que se ocupan del tema, buscando determinar las principales tendencias asumidas por dicha jurisprudencia. Todos estos distintos elementos han sido tomados en cuenta al momento de plantear problemas propios de la interpretación y aplicación de estos derechos fundamentales, así como al formular las posibles soluciones que ofrecemos o propugnamos a los mismos.

En cuanto a la **estructura del trabajo**, éste se compone de cuatro capítulos. El primero se dedica al análisis del derecho a la libertad de expresión e información, dando cuenta de la evolución de su contenido y alcances, así como de las principales limitaciones o restricciones a las que se encuentra sujeto su ejercicio. El segundo capítulo aborda el derecho a la intimidad personal o a la vida privada, donde se prioriza no sólo el proceso de su evolución conceptual, sino la necesaria determinación del contenido o componentes que le son propios.

El tercer capítulo aborda distintos problemas y conflictos que surgen de la colisión del ejercicio de las libertades de expresión e información con relación a otros derechos fundamentales, especialmente respecto a la intimidad personal. Se recogen aquí las principales tendencias de la jurisprudencia nacional y extranjera en este campo y se postula la necesidad de recurrir a un juicio de ponderación para la solución de tales controversias, antes que a asumir las doctrinas que sostienen una posición preferente o predominio a priori de ciertos derechos y valores en desmedro de otros, especialmente la que propugna la supremacía ineludible de la libertad de expresión e información.

El cuarto capítulo se aboca al análisis del derecho a la autodeterminación informativa. En él se presenta el contenido de este derecho y los aportes de la normativa foránea en este campo, que contrasta con las acusadas deficiencias del precepto de la Constitución Peruana que se ocupa de este derecho. Por esta misma razón se busca aportar criterios respecto a los componentes, límites y ámbitos excluidos del alcance de este derecho en su tratamiento constitucional, así como a los problemas que ello suscita. Finalmente, el trabajo concluye con un capítulo de conclusiones, que recoge las principales constataciones, planteamientos y propuestas de esta investigación.

Lima, enero del 2004.



CAPÍTULO I

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

1.1. – CONTENIDO Y EVOLUCIÓN DE LOS ALCANCES DEL DERECHO

La libertad de expresión e información constituye uno de los derechos más importantes y trascendentales de la persona, así como también el rasgo distintivo (e imprescindible) de una sociedad que pretende ser calificada como democrática. Por ello, no creemos exagerado afirmar que el grado de plenitud en su ejercicio puede servir -en mucho- como termómetro para medir el nivel de libertad, pluralismo y tolerancia existentes en un determinado régimen político, así como para evaluar la madurez alcanzada por las instituciones políticas y jurídicas de una sociedad.

Se señala como antecedentes clásicos en el reconocimiento de este derecho la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia, cuyo Art. 12° disponía: *“La libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y nunca puede ser restringido sino por gobiernos despóticos”*. Asimismo la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución Francesa, que en su Art. 11° enunciaba: *“la libre expresión de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, en consecuencia, hablar, escribir o imprimir libremente, sin perjuicio de responder por el abuso de esa libertad en los casos determinados por la ley”*. Además, la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (aprobada en 1791) estableció que el Congreso no podrá aprobar ninguna ley que restrinja la libertad de palabra o de prensa¹.

¹ Cf. VILLANUEVA, ERNESTO: “Régimen constitucional de las libertades de expresión e información en los países del mundo”; Editorial Fragua; Madrid (1997); pág. 15.

A lo largo de su desarrollo, simultáneamente a la lucha por hacer más plena y efectiva esta libertad de expresarse y comunicarse, se ha ido produciendo la evolución del concepto original y la ampliación de los alcances tradicionales de su contenido. Así, originalmente se entendía como propio de las libertades de opinión y expresión el derecho a emitir, comunicar o difundir las ideas, pensamientos o convicciones de cualquier índole. El desarrollo posterior de la imprenta y los medios de comunicación social permitieron ir configurando la noción de la libertad de prensa, como garantías para ejercer este derecho a través de medios escritos, sonoros o audiovisuales de carácter masivo. Más recientemente hemos arribado al concepto -mucho más amplio e integral- del derecho a la información, que involucra no sólo a quienes emiten o difunden opiniones e informaciones, sino también a los que las reciben y también a quienes las procuran.

Cabe indicar que la **libertad de opinión** puede ser entendida como *"la facultad que tiene toda persona de adoptar y mantener sus convicciones o creencias sobre aspectos de cualquier índole, sean políticas, filosóficas, religiosas, etc. La opinión, al formarse y mantenerse en el fuero interno de cada uno, se vuelve inaccesible para los demás y origina que el derecho en mención sea absoluto e ilimitado (...) Una vez que la opinión sale del fuero interno de la persona, y se da a conocer a los demás, nadie puede ser víctima de ninguna clase de agresión o violación a sus derechos fundamentales por tener determinadas ideas"*². De allí que la mayoría de los pactos internacionales sobre derechos humanos y de las constituciones señalen expresamente que nadie puede ser molestado o perseguido por razón de sus ideas u opiniones, ni discriminado a causa de las mismas.

Conforme anota Ernesto Villanueva, citando el artículo 5° del Código Europeo de Deontología del Periodismo (aprobado por la Asamblea General del Consejo de Europa, el 1° de julio de 1993) la **libertad de expresión** *"puede consistir en reflexiones o comentarios sobre ideas generales, o referirse a comentarios sobre noticias relacionadas con acontecimientos concretos"*; o,

² Cf. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: "Protección de los Derechos Humanos: Definiciones operativas"; Lima, Perú (julio 1997); págs. 210-211.

como a señalado el Tribunal Constitucional Español (en la sentencia STC 6/1988, del 21 de enero) *“tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor”*³.

El derecho a la libertad de expresión e información comprende así, esencialmente, los siguientes aspectos:

- a) La libertad de expresión, es decir, el derecho de expresar y difundir libremente las opiniones, ideas o pensamientos de cualquier índole e informaciones; ya sea por medio oral, escrito, audiovisual o por cualquier procedimiento elegido por el emisor, sin necesidad de autorización ni censura previa.
- b) El derecho de recibir libremente las expresiones o informaciones producidas por otros o existentes, sin interferencias que impidan su circulación, difusión o acceso a los usuarios o receptores.
- c) El derecho a procurar, buscar, investigar y obtener informaciones, así como a difundirlas.

Encontramos de gran utilidad, con una finalidad eminentemente didáctica, recoger el aporte de Damián Loreti⁴, quien desagrega y detalla las distintas facultades que el contenido de este nuevo derecho a la información confiere, tanto a quien emite como a quien recibe información:

- a) Derechos del informador:
 - No ser censurado, en forma explícita o encubierta.
 - Investigar opiniones e informaciones.

³ Cf. VILLANUEVA, ERNESTO: “Derecho comparado de la información”; Universidad Iberoamericana y Comisión de Radio, Televisión y Cinematografía; México (1998); págs. 24-25.

⁴ LORETI, DAMIÁN M: “El derecho a la información: Relación entre medios, público y periodistas”; Paidós Estudios de Comunicación; Buenos Aires, Argentina (1995); pág. 20.

- Difundir informaciones u opiniones.
- Publicar informaciones u opiniones.
- Contar con los instrumentos técnicos o medios que le permitan hacerlo.
- A la indemnidad del mensaje o a no ser interferido.
- A acceder a las fuentes.
- Al secreto profesional y a la reserva de las fuentes.
- A la cláusula de conciencia.

b) Derechos del informado:

- Recibir informaciones y opiniones.
- Seleccionar los medios e informaciones a recibir.
- A ser informado con veracidad.
- A preservar la honra, reputación e intimidad.
- A requerir la imposición de las responsabilidades previstas por la ley.
- A la rectificación, a la réplica o respuesta.

En síntesis, la libertad de expresión e información ha sufrido un proceso de ampliación de su contenido y alcances. Así ha trascendido de una dimensión esencialmente individual y unidireccional, la potestad de toda persona de manifestar y comunicar a los demás sus opiniones, ideas o pensamientos; hacia una dimensión social, a lo que han contribuido el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, que incorpora también el derecho que tienen las personas y la sociedad de recibir o ser receptores de la información u opiniones que otros emiten o producen, así como el poder buscar información y acceder a ella.

1.2.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN LOS PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

Los derechos a la libertad de opinión, de expresión y de información se encuentran actualmente reconocidos en diversos Pactos Internacionales sobre

Derechos Humanos. Aparecen inicialmente proclamados en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (aprobada en diciembre de 1948) que establece en su Art. 19º: *"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión"*.

A su vez, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, aprobado por las Naciones Unidas, en Nueva York, en 1966, señala en su artículo 19º:

- 1.- *"Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
- 2.- *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
- 3.- *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para:*
 - a. *Asegurar el respeto a los derechos a la reputación de los demás.*
 - b. *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas"*.

Por su parte, la **Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José**, aprobado en Costa Rica en 1969, establece:

"Art. 13º: Libertad de pensamiento y expresión:

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

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

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

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

4.- *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*

5.- *Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".*

Esta norma se complementa con el derecho a la rectificación y respuesta contenido en el Art. 14° del Pacto, que precisa:

1.- *“Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados 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 la ley.*

2.- *En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido.*

3.- *Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión, tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.*

Como puede apreciarse, estos pactos internacionales aluden a las libertades de opinión y expresión, incluyendo dentro de este último derecho la emisión, recepción, difusión, búsqueda e investigación de informaciones. No obstante, una primera diferenciación importante a resaltar es que mientras la libertad de opinión está reconocida como un derecho absoluto e irrestricto, la libertad de expresión está sujeta a responsabilidades y si puede ser objeto de ciertas restricciones, tanto para preservar los derechos a la reputación (honor e intimidad) de las personas, como motivadas por razones de protección *“de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas”* (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana de Derechos Humanos).

Con respecto a la libertad de expresión e información, conviene señalar que el Pacto de San José prohíbe toda forma de **censura previa**, estableciendo el criterio de la responsabilidad ulterior por los abusos o excesos en que se pudiera incurrir en el ejercicio de este derecho. No obstante, la Convención permite expresamente la censura previa únicamente en el caso de

los espectáculos públicos, pero sólo para efectos de preservar la moral de la infancia y de los adolescentes, admitiendo la imposición de limitaciones sólo en dicho supuesto.

Siendo frecuente que el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información pueda colisionar o entrar en conflicto con otros derechos de la persona, como la **intimidad y la vida privada, el honor y la buena reputación**, consideramos necesario recoger lo que disponen sobre estos derechos algunas normas de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Tenemos así que **la Declaración Universal de Derechos Humanos** establece en su artículo 12°: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*.

A su vez, la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, en su artículo V, dispone que *“toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 17°:

1. *“Nadie 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 reputación.*
2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*

Un texto muy similar presenta la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, cuyo artículo 11° *“Protección de la honra y de la dignidad”* señala:

- “1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*

2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*

3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.*

1.3.- SU TRATAMIENTO EN ALGUNAS CONSTITUCIONES.

Los derechos a las libertades de opinión, expresión e información se encuentran ampliamente recogidos y protegidos en la mayoría de textos constitucionales. Podemos así mencionar lo dispuesto en **Alemania**, por la Ley Fundamental de Bonn de 1949, cuyo artículo 5° establece:

“1. Todos tienen derecho a expresar y difundir libremente sus opiniones por medio de la palabra, por escrito y a través de la imagen, y a obtener información sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio y cinematografía están garantizadas. No habrá censura.

2. Estos derechos están sujetos a las limitaciones de las disposiciones de las leyes generales, las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y el derecho al honor personal”.

Es importante señalar que en el Art. 18° de la Carta Alemana se señalan un conjunto de derechos, dentro de los cuales se menciona expresamente a las libertades de opinión y de prensa (Art. 5.1) cuyo ejercicio con la finalidad de “combatir el régimen fundamental de libertad y democracia” existente en el país, acarreará la pérdida de dichos derechos fundamentales, decisión que deberá ser determinada por el Tribunal Constitucional.

Por su parte, la **Constitución Española** establece en su Art. 20°:

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.*
- c) A la libertad de cátedra.*
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa (...)

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.

Esta misma Constitución, en su artículo 18.1 señala que *“se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.*

Encontramos de particular interés resaltar la distinción que establece la Constitución Española en el tratamiento de la libertad de expresión (inciso a) que involucra las libertades de emitir opiniones, ideas y pensamientos; respecto a la referencia que hace, en el inciso d), al derecho a comunicar y recibir libremente información veraz. Es decir, que se separa la libertad de expresión de ideas de la libertad de información, que da cuenta de hechos o sucesos y no de opiniones, a la que se impone el deber constitucional de la veracidad.

La Constitución de **Holanda**, en su art. 7°, dispone:

“1. No se precisará autorización previa para expresar los pensamientos y las opiniones por medio de la prensa, sin perjuicio de la responsabilidad individual conforme a ley.

2. La ley establecerá las normas referentes a la radio y a la televisión. El contenido de una emisión radiofónica o televisiva no podrá ser sometido a control previo.

3. No se necesitará autorización previa por razón de su contenido para la expresión de pensamientos u opiniones por otros medios distintos a los mencionados en los párrafos precedentes, sin perjuicio de la responsabilidad individual según la ley. Ésta, con el fin de proteger la moral, podrá regular la organización de espectáculos abiertos a menores de dieciséis años.

4. Los párrafos anteriores no se aplicarán a la publicidad comercial.

En el ámbito Latinoamericano, la **Constitución de Chile** de 1980, en el inciso 12° del artículo 19°, se ocupa de la libertad de expresión e información, garantizando:

“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que debe ser de quórum calificado.

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración

o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.

Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”.

Es importante señalar que previamente, en el inciso 4° del mismo artículo 19°, la Constitución chilena asegura a todas las personas:

“El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia. La infracción de este precepto, 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 procedan”.

Por su parte, la **Constitución de Colombia** de 1991, en su art. 20°, dispone:

“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

La misma Constitución colombiana, en su artículo 15°, establece:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho 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. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

Finalmente, en su art. 21° agrega: *“Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección”.*

En el **Perú**, la Constitución de 1993 dispone en el inciso 4° de su artículo 2°, que toda persona tiene derecho:

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

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 fuera común.

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

En el inciso 7° del artículo 2° de la Constitución Peruana, se reconocen los derechos a la intimidad personal y familiar, al honor y buena reputación, así como a la imagen y voz propias; normando lo referente a su protección ante las violaciones que puedan sufrir. Dispone dicha norma que toda persona tiene derecho:

“Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

La **Constitución del Ecuador**, con la reforma de 1998, establece en diversos incisos del artículo 23° como derechos de las personas:

8) El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona.

9) *El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley.*

La persona afectada por afirmaciones sin pruebas o inexactas, o agraviada en su honra por informaciones o publicaciones no pagadas hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que estos hagan la rectificación correspondiente en forma obligatoria, inmediata y gratuita, y en el mismo espacio o tiempo de la información o publicación que se rectifica.

10) *El derecho a la comunicación y a fundar medios de comunicación social y a acceder, en igualdad de condiciones, a frecuencias de radio y televisión.*

Finalmente, la reciente **Constitución de Venezuela**, aprobada a fines de 1999, cuenta con diversos artículos se ocupan de estos temas. Así, el art. 57° dispone:

“Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades”.

Por su parte, en el art. 58° establece:

“La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

Y en el artículo 60° se señala:

“Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”.

1.4.- LAS RESTRICCIONES AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana de Derechos Humanos, coinciden en señalar como causales que autorizan la restricción de los derechos a la libertad de expresión e información razones de seguridad nacional y orden público, de salud y moral públicas. A continuación nos ocuparemos brevemente del contenido y alcances de estas limitaciones.

1.4.1.- Razones de seguridad nacional y orden público.

Los regímenes dictatoriales (explícitos o solapados) que gobernaron en la mayoría de países Latinoamericanos durante las décadas del 60 y 70, no sólo se caracterizaron por las constantes violaciones a los derechos humanos y a las principales libertades ciudadanas; también desarrollaron, desde las

esferas militares que les servían de soporte, una formulación política e ideológica denominada "**Doctrina de la Seguridad Nacional**". En su nombre se cometieron y "justificaron" incontables atropellos y persecuciones en contra de los opositores del régimen, de las organizaciones sociales autónomas y de los esfuerzos progresistas. Demás está decir que, en dicho contexto, las libertades de expresión e información fueron muchas veces suprimidas o, cuando menos, sufrieron severas restricciones para su adecuado ejercicio.

El tránsito progresivo hacia regímenes políticos democráticamente electos, emprendido en la mayoría de los países Latinoamericanos a partir de la década del ochenta y consolidado durante los noventa, si bien supuso la desaparición de los gobiernos militares y de las autocracias, así como desarrollos fundamentales en el ejercicio de las libertades de expresión e información, no condujo necesariamente a la plena superación de la "Doctrina de la Seguridad Nacional" dominante en los años precedentes. Ésta, bajo nuevas modalidades o argumentos, persistió en la mentalidad de algunos sectores castrenses y políticos, ejerciendo influencia en las relaciones entre civiles y militares, así como en el debate acerca del papel de las Fuerzas Armadas en un régimen democrático⁵.

Ya en el marco de los regímenes democráticos, algunos países de la región han afrontado prolongados conflictos armados internos y situaciones de violencia, generadas por acciones de grupos guerrilleros o de atentados terroristas, siendo Colombia y Perú los casos más relevantes en el área andina. El papel de la prensa y los límites de la función informativa en este contexto, han sido temas de palpitante actualidad y controversia.

Frecuentemente los mandos militares y altas autoridades gubernamentales, han sostenido que permitir amplios márgenes de acción

⁵ Cf. VIVIANA KRSTICEVIC, JOSÉ MIGUEL VIVANCO, JUAN MÉNDEZ y DREW PORTER: "Freedom of Spression and National Security in the Inter-American System of Humman Rights proteccion"; (agosto de 1995); pág. 1. Así, dichos autores señalan: "*Unfortunately, the ideology of national security has not necessarily died with the demise of the regims which exemplified it. It live on explicity in some cases but most often under other guises, and it is firmly in the bachground of the difficult debate about civilian-military relations in a democratic seting*".

informativa en este campo podía ser utilizado para debilitar la seguridad nacional, desprestigiar a las instituciones oficiales o para hacer propaganda a los grupos armados. Si bien este efecto no puede descartarse en todos los casos, muchas veces tras dichos planteamientos se ha buscado ocultar o impedir la difusión de graves situaciones de violación a los derechos humanos perpetradas por miembros de las fuerzas armadas y de los aparatos de seguridad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido ocasión de manifestarse, a propósito del caso de Colombia, con respecto a ciertas prácticas o medidas restrictivas de las autoridades oficiales contra la libertad de información, considerando que no pueden ser admitidas, incluso cuando se invoquen razones de seguridad nacional, para intentar justificar actos de censura o de negación al derecho de toda sociedad democrática de estar informada veraz y objetivamente sobre los hechos. Así la Comisión ha señalado que:

"La prohibición de la difusión, total o parcial, por medios de radiodifusión sonora o audiovisual, de los comunicados de grupos guerrilleros o de organizaciones vinculadas al narcotráfico o al terrorismo, la prohibición de la identificación o de entrevistas a testigos de actos de violencia y de personas vinculadas a dichas organizaciones, así como la de transmitir en directo -desde el lugar de los hechos- actos de violencia; configuran restricciones indebidas al derecho que tiene toda sociedad de ser informada sobre la realidad de los hechos"⁶.

Cierto es que esta acertada opción en favor del respeto y afianzamiento de las libertades de expresión e información, sustento imprescindible de una sociedad democrática que debe reafirmarse en tales valores a pesar de los conflictos que afronte, exige de quienes procuran y difunden información una

⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: "Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia"; OEA; doc. 39 rev., 14 de octubre de 1993, pág. 196; En, COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: Obra citada; pág. 216.

actitud madura, profesional, objetiva y responsable; imbuida del firme compromiso con valores y principios éticos y democráticos, que garanticen la preservación de éstos por encima de actitudes sensacionalistas o distorsionadoras, por ser ellas contrarias precisamente a la preservación del sistema democrático y de una prensa libre.

Resulta evidente que las situaciones de crisis político-social, motivadas por conflictos armados internos o graves y persistentes alteraciones del orden público, afectan el normal funcionamiento de la vida social y de las instituciones. Ello suele tener como respuesta gubernamental el establecimiento de regímenes de emergencia, cuya vigencia incide también en el ejercicio y desarrollo de la función informativa, que sufre dificultades y restricciones adicionales frente a las existentes durante los períodos de normalidad.

Al amparo de la invocación de razones de preservación de la seguridad nacional o del orden público, a menudo se ha constatado el dictado de leyes por el parlamento o de medidas gubernamentales que imponen serias restricciones al ejercicio de la libertad de expresión e información o que penalizan ciertas conductas informativas utilizando deliberadamente nociones sujetas a interpretaciones imprecisas o dotadas de amplios márgenes de discrecionalidad en su aplicación por las autoridades. Se suele aludir así a "situaciones que de cualquier manera dañen o comprometan la estabilidad económica de la nación", a informaciones que "amenazan o afectan la defensa y seguridad nacional", etc.

A este respecto, en un informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua (1981), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuestionó los inconvenientes generados por el dictado de normas que establecían tipos penales "abiertos" o que penalizaban conductas con excesiva vaguedad e imprecisión, creando el peligro de prácticas represivas irracionales que podían impedir o entorpecer el ejercicio del derecho a las libertades de expresión e información. Así señaló:

*"In the commission view, a limitation on freedom of press is justified only when the order and the security of the State are truly compromised. Such a limitation may be effect only **for a limited and declared period of time and under certain specific circumstances**. The legislation currently in effect may give rise to serious abuses, because of its great ambiguity and breadth. When freedom of the press is at stake, any restrictions must be **clearly stablished** so that anyone may know pecisely what activities are prohibited or must be subject to censorship. spressions such as "or that in any way damage or compromise the economic stability of the nation" or "harm the national defense" or "other similar case" (...) give the govermental authorities such discretion as to represent a risk to the freedom of spression"⁷.*

Otra de las situaciones donde suelen configurarse violaciones a las libertades de expresión e información, teniendo como sustento (a veces real y otras ficticio) la necesidad de preservar la seguridad nacional, el orden público o la paz social, son los denominados **estados de emergencia** o regímenes de excepción. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su Art. 27° inc. 1, autoriza a los Estados Parte a la declaración de la "**suspensión de garantías**", en caso "*de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado...*".

Cabe precisar que si bien en el inciso 2° del Art. 27° se enumeran un conjunto de derechos que la Convención califica como "insuspendibles", incluso durante los regímenes de excepción o emergencia, en este listado taxativo no se encuentran contempladas las libertades de pensamiento, expresión e información (Art. 13°). **En consecuencia, estos derechos si pueden ser objeto de restricción o suspensión durante el período de emergencia.** Es importante anotar que ello difiere con el tratamiento que esta materia recibe en determinados ordenamientos nacionales como el del **Perú, cuya Constitución no autoriza la suspensión de las libertades de opinión, expresión e**

⁷ Cf. VIVIANA KRSTICEVIC, JOSÉ MIGUEL VIVANCO, JUAN MÉNDEZ y DREW PORTER: Obra citada; pág. 9-10.

información en el estado de emergencia, aunque sí admitiría dicha eventualidad en el estado de sitio, previsto para situaciones más graves.

Es sabido que entre las principales consecuencias de los estados de excepción o emergencia, están el incremento de las atribuciones ordinarias de determinadas autoridades gubernamentales (políticas, policiales, militares) así como la suspensión o la imposición de restricciones al ejercicio de diversas libertades y derechos fundamentales (libertad personal, protección frente a detenciones arbitrarias, libertades de tránsito, reunión, etc.). Con respecto a las violaciones concurrentes al ejercicio de las libertades de expresión e información, cometidas en el marco de la vigencia de los estados de emergencia, Daniel O' Donnell⁸ recoge la preocupación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre este problema, cuando señala:

"Otra de las consecuencias que han originado la prolongada existencia de los estados de emergencia, ha sido la existencia de un clima de temor e inseguridad en el que no ha podido prevalecer una efectiva libertad de expresión y, por lo tanto, de información.

Ya sea por las facultades que conceden estos estados de emergencia, por la legislación de excepción que ha sido promulgada en aplicación de ella, o por los precedentes creados por abusivas conductas anteriores de los gobernantes que arbitrariamente han clausurado diversos medios de comunicación social o han encarcelado periodistas, lo cierto es que prácticamente en todos los países en que rigen estos estados de emergencia, los medios de difusión del pensamiento aplican una autocensura por temor a ser sancionados, o los periodistas a ser detenidos.

Por supuesto, la Comisión considera que en esas circunstancias no puede desarrollarse auténticamente una libertad de expresión, ni los ciudadanos en ese ambiente pueden informarse adecuadamente, todo

⁸ O' DONNELL, DANIEL: "Protección Internacional de los Derechos Humanos"; CAJ; 2da edición; Lima (1989); págs. 260-261.

lo cual, a la vez, contribuye al irrespeto de los otros derechos humanos. En esta materia, hay, en realidad, dos derechos que deben ser susceptibles de protección. Por una parte, claramente, la libertad de expresión demanda el derecho a transmitir por cualquier medio de comunicación social los hechos y las ideas; pero, también, por otro lado, tal libertad exige el derecho que le asiste a toda persona para conocer las informaciones sin interferencias, cualesquiera que éstas sean".

Tal como refiere la Comisión, la experiencia Latinoamericana ha sido lamentablemente muy amplia y reiterada en el aprovechamiento por los gobiernos (sobre todo en el caso de las dictaduras y los regímenes autoritarios) de estos estados de emergencia para establecer obstáculos o prohibiciones para el desenvolvimiento de la libertad de información, valiéndose de estos medios ya sea para impedir la difusión o denuncia de conductas sistemáticas de violación de los derechos humanos, para encubrir estas prácticas o dificultar la investigación de casos de esta índole, o también para acallar las críticas a las políticas o decisiones gubernamentales.

1.4.2. Las razones de Moral Pública

Aunque los pactos internacionales sobre derechos humanos antes citados coinciden en considerar a la "*moral pública*" como una razón justificada para restringir la libertad de expresión e información, es evidente que la determinación de los alcances y contenido de este concepto resultan imprecisos y pueden suscitar controversias. A este respecto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a propósito del caso Hertzberg contra Finlandia,⁹ ha precisado:

"Cabe señalar que la moral pública difiere ampliamente. No hay una norma de aplicación universal. Por consiguiente, hay que conseguir

⁹ Cf. O'DONNELL, DANIEL: Obra citada; págs. 251 a 253.

un cierto margen de discreción a las autoridades nacionales pertinentes.

El Comité opina que no puede cuestionar la decisión de los órganos responsables de la Sociedad Finlandesa de Radiodifusión en el sentido de que la radio y la televisión no son los foros apropiados para debatir cuestiones relativas a la homosexualidad, en la medida que pueda juzgarse que un programa fomenta la conducta homosexual. En el caso de programas de radio y televisión, no es posible ejercer control sobre el público. En particular, no pueden excluirse efectos perniciosos sobre menores de edad".

Un ejemplo ilustrativo de este margen de interpretación de las autoridades nacionales, lo encontramos en la sentencia 176/1995 del Tribunal Constitucional de España¹⁰ que, tomando como fundamento la Constitución, la Convención Europea de Derechos Humanos y el PIDCP, señala:

"A ese mensaje racista, ya de por sí destructivo, le sirve de vehículo un talante libidinoso en las palabras y en los gestos o las actitudes de los personajes, que bien pudiera ser calificado, más de una vez, como pornográfico, por encima del nivel tolerable para la sociedad española hoy en día y desprovisto de cualesquiera valores socialmente positivos, sean estéticos, históricos, sociológicos, científicos, políticos o pedagógicos, en una enumeración abierta. A lo largo de sus casi cien páginas, se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación (...). Es evidente que todo ello está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud por deseo constitucionalmente proclamado".

¹⁰ Citado en la recopilación y sistematización de HERRERO-TEJEDOR, FERNANDO: "Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión"; COLEX; Madrid (1998); 195 págs.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos también permite imponer restricciones a la libertad de expresión e información por razones de moral pública, pero la regla básica es que esta limitación se manifiesta a través de la exigencia de la responsabilidad ulterior, mas no mediante la imposición de la censura previa. Sólo excepcionalmente, en el caso específico de los espectáculos públicos (Art. 13°, inc. 4) la Convención autoriza la invocación de salvaguarda de la moral pública como fundamento para imponer su censura previa, siempre que esta exigencia esté contemplada por ley y que su finalidad sea la protección moral de la infancia y de la adolescencia. De ello se desprende *"no una prohibición absoluta de tales espectáculos, sino una regulación, en base al criterio objetivo de la edad, en aras de la protección de un determinado sector de la sociedad"*¹¹. Es decir, que se podrá excluir o impedir el acceso al espectáculo a los menores de edad, pero no prohibir o afectar su difusión o realización.

Cabe agregar que la Convención establece que, para efectos de la exigencia ulterior de la responsabilidad motivada en la violación de la moral pública a raíz del ejercicio de la libertad de expresión e información, dicha responsabilidad debe estar *"expresamente fijada por ley"*. Además, debe acreditarse que la medida impuesta resulte *"necesaria para asegurar"* la moral pública, de modo que se requerirá una fundamentación de tal necesidad (es decir, una justificación razonable y objetiva de la medida y de la sanción) no bastando su mera invocación.

En consecuencia, de conformidad con la Convención, el legislador está habilitado para imponer por ley responsabilidades y sanciones a quienes afecten la moral pública a través del ejercicio indebido de las libertades de expresión e información, pero siempre en el marco de una justificación a la necesidad y razonabilidad de la medida. Claro está que el contenido y los alcances concretos de esta *"moral pública"*, serán determinados por el legislador y por el órgano jurisdiccional, aunque consideramos que éstos

¹¹ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: obra citada; 215 págs.

tendrán que sujetarse a los valores proclamados por la Constitución y a las conductas más aceptadas, practicadas y respetadas socialmente.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de analizar un caso donde una municipalidad, invocando razones de preservación de la moral pública, impuso restricciones a la exhibición de ciertas publicaciones en los quioscos de venta de diarios y revistas ubicados en las calles. El asunto se originó en una ordenanza de la municipalidad del distrito de Lince, que ordenaba que la exhibición de publicaciones que contengan en primera plana imágenes de personas desnudas o semidesnudas, de parejas homosexuales y/o heterosexuales en actos carnales; de cadáveres, cuerpos mutilados, quemados y de otros sucesos de índole similar que reflejen el carácter repulsivo y/o macabro de la muerte violenta; precisándose que los infractores serían sancionados con multa, duplicada en caso de reincidencia.

La empresa Editora Export SA. interpuso acción de amparo contra dicha municipalidad (Exp. N° 57-98-AA/TC), la misma que fue declarada fundada por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 19 de noviembre de 1999. La empresa solicitó que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N° 009-96-MDL, por considerar que vulneraba sus derechos a la libertad de empresa, las libertades de prensa, de información, expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio de comunicación social. La sentencia, se pregunta si cabe admitir que una ordenanza municipal pretenda reglamentar el ejercicio de las libertades de expresión e información, señalando:

“Cuando la Constitución deja abierta la posibilidad de que se regulen o reglamenten los derechos fundamentales o los ámbitos dentro de los cuales éstos puedan ejercerse, tal opción no puede entenderse sino como la necesidad de que el tratamiento regulativo (...) sea por principio igual en todas las circunstancias. Para cumplir con dicho objetivo, es sólo la ley (o en casos excepcionales, el decreto legislativo) la única forma normativa que, como expresión de la voluntad general de toda la colectividad, puede asegurar por sus alcances universales, el cumplimiento de un principio tan elemental como el de igualdad. No

ocurre lo mismo con la ordenanza municipal o, (...) con cualquier otra expresión normativa circunscrita sobre ámbitos territoriales más o menos amplios o reducidos, pues independientemente de que su jerarquía o rango sea el mismo que el de una ley, es un hecho inobjetable que sus efectos (los de la ordenanza u otras variables similares) no se aplican sobre todos los individuos que conforman la colectividad de un Estado, sino tan sólo sobre aquéllos que integran la respectiva repartición descentralizada.

Si se permitiera que mediante una ordenanza municipal se estatuyera el tratamiento directo de cualesquiera de los derechos fundamentales, ya sea para establecerles límites o restricciones, o por el contrario, para dispensarles criterios amplios o extensivos de operatividad, resultaría que en un mismo Estado existirían tantos tratamientos regulativos de derechos como corporaciones descentralizadas de gobiernos locales, con manifiesto y evidente perjuicio –cuando no desnaturalización grotesca–, del principio de igualdad (...)

No obstante encontrarse imposibilitados los gobiernos locales de normar en materia de derechos fundamentales (...) ello no significa (...) que carezcan de potestad de fiscalización o control en aplicación directa de la ley en cuanto norma general. Si mediante publicaciones se cometieran excesos como la pornografía o el exhibicionismo obsceno (...) la autoridad municipal no sólo estaría facultada, sino que se encontraría inexcusablemente obligada a denunciarlos como tales ante las autoridades competentes”

Como puede apreciarse, el fundamento principal expuesto en esta sentencia del Tribunal Constitucional es que si bien la ordenanza municipal tiene rango de ley, por estipulación expresa de la Constitución, su ámbito de vigencia territorial local no la hace idónea para reglamentar el ejercicio de los derechos constitucionales, en tanto implicaría aceptar regulaciones diferenciadas que vulneran la igualdad. Tal argumentación nos parece poco consistente por diversas razones. Lo primero que se debió analizar, era si

dentro de las atribuciones y competencias previstas por la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades se autoriza que los gobiernos locales puedan regular la exhibición de publicaciones. Lo segundo, en caso de ello resultar válido, era determinar si las restricciones impuestas por la ordenanza implicaban alguna forma de censura directa o indirecta a las libertades de expresión e información.

Digamos que el Tribunal Constitucional se equivoca con su afirmación genérica de que las municipalidades no pueden regular el ejercicio de ningún derecho constitucional, por el alcance local de la aplicación territorial de la ordenanza. ¿Acaso no estamos ante una regulación municipal de derechos como las libertades de empresa y comercio cuando se requiere autorización municipal para la apertura y funcionamiento de un determinado tipo de establecimiento comercial o negocio en función de una zonificación urbana, o para la venta de productos en la vía pública? ¿No implica también alguna incidencia regulatoria de las libertades de expresión e información la necesidad de autorización municipal para realizar un espectáculo en locales de uso público o para la colocación de anuncios publicitarios? ¿Y qué decir del otorgamiento municipal de autorización para la explotación de una ruta para el transporte público de pasajeros?.

Por ello, en el caso que origina la sentencia comentada, el problema central no era el ámbito de aplicación territorial distrital o provincial de una ordenanza municipal o la supuesta (y errada) incompetencia de las municipalidades para reglamentar el ejercicio de cualquier derecho constitucional. Los puntos a dilucidar, lo reiteramos, eran si tienen los gobiernos municipales competencia para regular la exhibición de publicaciones en la venta pública de diarios o revistas, si las restricciones impuestas a la exhibición de ciertas publicaciones conllevaban una forma de censura directa o indirecta, sin duda prohibidas por la Constitución.

Pero la sentencia comentada nos deja otros puntos importantes sin respuesta. ¿Puede desprenderse del fallo del Tribunal Constitucional que las restricciones impuestas a dichas publicaciones son inconstitucionales por

provenir de una ordenanza municipal, pero que serían válidas si emanan de una ley o un decreto legislativo? ¿Cabe aplicar o extender la restricción autorizada por la Convención Americana de Derechos Humanos, al acceso de niños y menores a ciertos espectáculos, al caso de la exhibición pública de algún tipo de publicaciones, en razón a las imágenes que difunden en sus primeras planas?

1.4.3. Restricciones durante períodos electorales.

Si bien ninguno de los Pactos Internacionales citados contempla a los períodos electorales dentro de las situaciones o causales habilitantes para establecer ciertas restricciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, lo cierto es que en la legislación de la mayor parte de los países Latinoamericanos se imponen prohibiciones tanto a la realización de propaganda electoral como a la difusión de los resultados de encuestas o sondeos electorales, desde un lapso variable de días previos a la verificación del proceso electoral.

Así, Pedro Planas¹² refiere que las legislaciones de México, El Salvador, Bolivia y Nicaragua prohíben la campaña electoral y la difusión de propaganda 72 horas antes del día del acto electoral; Costa Rica, Uruguay, Argentina, Brasil, Paraguay, Colombia y Venezuela lo impiden durante las 48 horas previas; en el Perú, los mítines y actos de campaña concluyen 48 horas antes de la votación, pero la propaganda puede extenderse hasta las 24 horas anteriores al sufragio; en Chile, a la inversa, la propaganda debe cesar 72 horas antes y los actos de campaña en las 48 horas previas; en Honduras, los actos de campaña concluyen en los 5 días anteriores, pero se pueden seguir utilizando los diversos medios de comunicación para presentar sus programas o candidatos, salvo el mismo día de las elecciones.

¹² Cf. PLANAS, PEDRO: "Normas para regular la campaña electoral"; en, "Simposio sobre reforma electoral: Memoria", AA.VV; IFES, Fundación Internacional para Sistemas Electorales; (Lima, 1996); Págs. 223 a 231.

Con respecto a la prohibición de difusión de los resultados de **encuestas, sondeos y simulacros electorales** durante los días previos al acto de sufragio, el propio Planas señala que en México el plazo es de 5 días, en Uruguay es de 48 horas y en Guatemala de 36 horas; por su parte, en Perú, Brasil y Paraguay se establecen 15 días, mientras que Ecuador lo prohíbe durante los 30 días anteriores a la votación.

Se afirma como fundamento de estas prohibiciones a la realización de actos de campaña o propaganda electoral, o de la difusión de encuestas y sondeos de opinión, otorgar a los electores un período final de reflexión para formarse -con mayor libertad, privacidad y calma- la opinión y la decisión que expresarán en el acto de sufragio. Se busca dejar al elector "a salvo" de la presión o saturación creada por el "bombardeo" de la propaganda electoral, prevenir que los actos finales de campaña pueden dar pie a alteraciones del orden público o generar enfrentamientos; asimismo, evitar que con la publicación o difusión de pronósticos o preferencias electorales se induzca a cambios en el sentido del voto, sobre todo tratándose de electores indecisos o poco informados.

Como se puede apreciar, estas restricciones pretenderían proteger y defender la libertad de opción y decisión del elector en los momentos finales previos al acto de sufragio. No se trata pues de prohibiciones absolutas, ya que a lo largo de toda la etapa anterior se concede plena facultad para realizar actos de campaña o propaganda electoral, para efectuar investigaciones sobre preferencias electorales y difundir sus resultados. La relativa unanimidad de las legislaciones electorales Latinoamericanas en esta materia, revela que tales restricciones gozan de consenso. En todo caso, lo que puede discutirse es cuál sería el plazo más apropiado o razonable de duración de esta prohibición, con miras a obtener eficazmente el objetivo procurado. Y creemos que dicho plazo puede depender o variar en función de las características de la realidad política y de la cultura cívica del electorado de cada sociedad.

La pregunta final a plantearse, es si estas restricciones o prohibiciones durante períodos electorales conllevan una violación al ejercicio de las

libertades de expresión e información, en especial por no estar expresamente contempladas en la Convención Americana de Derechos Humanos como una causal que habilita para imponer limitaciones en este campo. **Nuestra respuesta es que, en principio, no:**

En primer lugar, porque las prohibiciones de realizar actos de campaña electoral durante un breve lapso anterior al acto de sufragio, obedecen principalmente a razones de preservación de la tranquilidad social y el orden público en el tramo final del proceso electoral, supuesto contemplado en la Convención. Y, en segundo lugar, porque las restricciones impuestas a la difusión de propaganda electoral y de sondeos de preferencias electorales en los días previos al sufragio, sólo hace prevalecer en esta última etapa los derechos del elector por sobre los de las agrupaciones políticas o las empresas de investigación electoral, que han gozado de plena libertad en todo el período restante.

Pensamos, eso sí, que el plazo de la restricción debe ser razonable y ajustarse a un plazo estrictamente necesario, es decir, muy breve y cercano al acto electoral. En consecuencia, consideramos que prohibiciones a la difusión de sondeos electorales durante los 15 días previos a los comicios, como sucede en el Perú, resultan demasiado extensas, excesivas e injustificadas. Por último, cabe precisar que la prohibición impide difundir los resultados de las encuestas o sondeos electorales a través de los medios de comunicación, siendo en verdad una limitación impuesta a éstos. Y es que las empresas dedicadas a la investigación electoral pueden seguir realizando su tarea, incluso el mismo día del acto de sufragio. Lo que no pueden es informar de estos resultados a la opinión pública a través de su difusión por los medios de comunicación. Ello no obsta para que los pongan en conocimiento de ciertos sectores o personas dedicadas al estudio, seguimiento o información del proceso electoral.

No queremos concluir este punto, sin comentar brevemente dos interesantes procesos judiciales donde se discutió asuntos vinculados a este tema, el primero en Costa Rica y el segundo ante el Tribunal Constitucional del

Perú. El caso costarricense se originó con motivo de las elecciones presidenciales, donde se discutió los límites de la libertad y discrecionalidad de la prensa para informar sobre este proceso y los candidatos. Se trata de la resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (dictada el 26 de enero de 1998) en la acción de amparo promovida por el candidato presidencial Vladimir de la Cruz de Lemos, del Partido Fuerza Democrática, en contra de diversos medios de comunicación e información, por su exclusión del debate final organizado entre los candidatos de las dos agrupaciones con mayor preferencia electoral (expediente N° 0378-P-98).

Alegaba el accionante que la decisión de los órganos de prensa vulneraba sus derechos de participación política e igualdad, así como el derecho de información de los electores. Al proceso se sumó una entidad de ciudadanos, que reclamaba la inclusión en el debate de los trece candidatos a la presidencia de la república. Los medios de prensa argumentaron que su actuación no era arbitraria, pues el periodismo es una actividad libre que permite decidir libremente a qué candidato o candidatos entrevistar, cuándo, dónde y qué preguntas hacerles; por lo que no cabe imponerles obligaciones de esta índole. Además, que en el debate participarían los dos candidatos con mayor respaldo y posibilidad de triunfo, lo que respondía al interés de información del electorado.

La sentencia de la Sala Cuarta (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica) declaró fundada la acción de amparo y dispuso que en el debate debían ser incluidos los trece candidatos a la presidencia. Sus principales fundamentos fueron: a) que el Estado costarricense asigna fondos públicos para el financiamiento de las campañas electorales de los partidos políticos con la finalidad de contribuir a la mayor participación, capacitación e información de los ciudadanos; b) que si bien el debate era organizado por medios de comunicación privados, su contenido era relevante y decisivo para los electores, al constituir un virtual acto de cierre de campaña; c) que no se justificaba restringir el debate a los dos candidatos con aparente mayor opción, pues un gran número de electores (según las mismas encuestas) manifestaban no tener decidido aún su voto; d) que debe garantizarse el pluripartidismo que

contempla la Constitución y no el bipartidismo, por lo que debe brindarse iguales oportunidades a todos los candidatos y pleno acceso a la información de los ciudadanos.

Creemos que esta sentencia revela un alto contenido de valores y principios democráticos aplicados a las contiendas electorales, buscando garantizar la más amplia información para la ciudadanía, lo que redundaría en la elevación de su participación política y formación cívica. Es cierto que este fallo afecta la libertad y discrecionalidad de los órganos de prensa en la determinación de sus actividades y en su labor informativa, pero ello podría compensarse y relativizarse con los efectos benéficos para el electorado que persigue la decisión judicial. En todo caso, tiene mucha incidencia en la resolución el hecho de que el Estado proporcione fondos públicos para solventar las campañas electorales de los partidos, por más que el debate estuviera organizado por medios informativos privados.

No obstante, una decisión judicial de este tipo podría ser también objeto de algún cuestionamiento, sobre todo en sistemas electorales donde la financiación de los gastos de campaña corresponde exclusivamente a las propias agrupaciones, sin participación de fondos públicos. Asimismo, en este mismo caso, habría que considerar la situación de los medios de comunicación involucrados pues, por ejemplo, sería justificado que las emisoras de televisión o radio de propiedad estatal realicen un debate donde participen todos los candidatos presidenciales. Pero no parecería igualmente razonable que se obligue a los medios informativos privados a adoptar una práctica similar, ya que los partidos o candidatos siempre podrían contratar y difundir su propia propaganda e información a lo largo de la campaña y al cierre de ésta; existiendo el derecho de los medios de información privados de invitar a un debate a cualesquiera de los candidatos, en base a criterios de interés general de la audiencia o preferencias del electorado.

El caso suscitado en el Perú tuvo lugar a raíz de la acción de inconstitucionalidad promovida por la Defensoría del Pueblo ante el Tribunal Constitucional, contra el segundo párrafo del artículo 191º de la Ley N°

26859 -Ley Orgánica de Elecciones- modificado por el artículo 17º de la Ley N° 27369, por considerarlo violatorio de la libertad de información así como de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad (Exp. N° 02-2001-AI/TC). La citada norma prohibía tanto la difusión de proyecciones sobre la votación, realizadas a partir de encuestas “a boca de urna” a los electores, como la difusión de proyecciones basadas en muestras de actas de votación, antes de que se propale el primer conteo rápido a cargo de la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE, o de las diez de la noche, lo que ocurra primero. Se trataba, pues, de un lapso temporal de prohibición, por unas horas, para la difusión de proyecciones sobre el resultado electoral elaboradas sobre estas encuestas.

En la sentencia del 4 de abril del 2001, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda. Dicho fallo precisa el tema sometido a análisis de constitucionalidad en los términos siguientes: *“Nótese que en su texto, la norma impugnada no prohíbe el "muestreo" de las actas por las empresas encuestadoras, ni la difusión del número de votos obtenidos por los candidatos, sino únicamente la difusión de "proyecciones", y ello durante el período restrictivo. El Tribunal Constitucional procede pues a pronunciarse sobre la constitucionalidad del texto exacto de la norma impugnada”*.

En cuanto a sus fundamentos, la sentencia señala:

“Al prohibirse las proyecciones lo que resulta prohibido es el derecho a pensar, ya que lo que la norma prohíbe es realizar la "proyección" de los resultados, negando el derecho a interpretarlos, es decir, a traducir los resultados numéricos en proyecciones mediante una simple operación mental matemática, lo que contraría el inciso 4) del artículo 2º de la Constitución que protege el derecho a la libertad de pensamiento y a la de la información sin trabas de ninguna clase. Dicha protección incluye el derecho a la preparación, elaboración, selección y difusión de la noticia. La libertad de expresión y de información representa un valor básico político, pues es herramienta de control de los gobernantes y previene y detiene las arbitrariedades del poder. Más aún, su

constitucionalización corresponde principalmente a tal finalidad. También corresponde a esa finalidad, el sitio privilegiado que ocupa entre los derechos fundamentales, y es por eso que toda limitación impuesta por el gobernante a su ejercicio, debe interpretarse restrictivamente.

¿Es necesaria la medida de retrasar la información al público, respecto a las proyecciones de las encuestas realizadas en base a las actas electorales?. El Congreso de la República ha señalado tres razones que justificarían tal necesidad: la preservación del orden interno, la protección de la credibilidad de la ONPE, y la credibilidad en los resultados del proceso electoral.

En la contestación a la demanda se expresa que los resultados de las encuestadoras difieren por lo general en proporción no desdeñable del cómputo oficial; que la difusión de las proyecciones pueden generar expectativas infundadas e inestabilidad en la población, si no concuerdan con los resultados de la ONPE; que es necesario en estas elecciones extremar los cuidados, habida cuenta de lo ocurrido en las elecciones generales del año pasado, donde las encuestadoras daban por ganador a un candidato y la ONPE a otro, lo que generó desórdenes y desmanes. Es pues, principalmente, en resguardo del orden interno que se hace necesaria la medida restrictiva –sólo por unas horas- a las libertades de expresión y de información, sin que con esto se vulnere el principio de unidad de la Constitución (...) La divulgación de las proyecciones de las encuestas realizadas sobre el muestreo de las actas de las mesas, tendría entonces -para ser admitida- que influir negativa, inminente y peligrosamente en el orden interno, y, de igual manera, en la credibilidad de la ONPE y en la confianza ciudadana respecto a la legitimidad del proceso electoral (...)

El Tribunal ha sopesado el grado de peligrosidad que entraña la divulgación de las proyecciones de las empresas encuestadoras y ha decidido que no se trata de un peligro grave, claro ni inminente, pues si bien en las elecciones generales del año 2000 se produjeron desmanes,

ello fue debido, principalmente, a la particular situación política que vivía el país en esos momentos y a la predisposición de la ciudadanía – respaldada por organismos internacionales que observaban el proceso- para sospechar un fraude electoral, más que al error de las encuestadoras en sus proyecciones respecto al ganador. La gran mayoría de la población es consciente de que los resultados de las encuestadoras no son exactos, y que deben esperar el resultado oficial, pacíficamente, como en efecto ha ocurrido en la gran mayoría de procesos electorales.

Considera el Tribunal que en el momento actual es relativa la gravedad e inminencia del peligro de desórdenes públicos, comparados al valor de la oportunidad para pensar, expresarse e informarse, derechos éstos que tienen los ciudadanos especialmente durante los procesos electorales, pues se trata de hechos en cuya formación han contribuido los propios ciudadanos y cuyos resultados interesan a todos ellos. No habría, pues, proporción entre el grado de peligro y el recorte al derecho de acceso a la información que tienen los ciudadanos (...) El eventual peligro de que la población se confunda y promueva el desorden, puede, por lo demás, prevenirse: bastaría exigir que las encuestadoras adviertan previamente al público que la información que divulgan no es exacta, y que puede ser distinta de los resultados oficiales.

Es cierto, por un lado, que la Constitución no garantiza el derecho a expresarse y a informarse en todo tiempo, en cualquier lugar y de cualquier manera. El Principio de Unidad obliga a que el ejercicio de esos derechos se armonice con el de otros derechos y bienes también fundamentales, entre ellos el orden público interno (artículo 44°). Pero también es verdad que los derechos a la libre expresión y a la información tienen un rol estructural en el funcionamiento de la Democracia, ya que ésta no puede existir sin una auténtica comunicación pública libre. Por eso, tales derechos ocupan un lugar privilegiado en la pirámide de Principios Constitucionales. Esto, el Tribunal lo interpreta en el sentido que si se pretende una restricción a esos derechos, se debe exigir a la ley restrictiva algo más que una mera

"racionalidad" en su necesidad: esta necesidad debe ser imperiosa y urgente. El Tribunal opina que la "necesidad" de retrasar la divulgación de las proyecciones basadas en el muestreo de las actas electorales no es una necesidad social, susceptible de justificar la limitación del ejercicio de los derechos privilegiados a la libre expresión y a la información. Desde este punto de vista, no es respetuosa del Principio Constitucional de Razonabilidad ni al de Proporcionalidad".

Con base a estos fundamentos y razonamientos, la sentencia del Tribunal Constitucional concluye señalando:

"Por tanto, concluimos: la adopción de la medida limitadora que se ha cuestionado resulta excesiva y no tolerable en un régimen democrático, donde la libertad de informar sólo puede ser limitada en la medida de lo estrictamente debido. Las encuestas y su difusión y proyección constituyen un importante elemento para conocer lo que piensa un sector de la sociedad, y como tales, representan un medio válido para la formación de una opinión pública, a la vez de representar también un importante mecanismo de control sobre la actuación de los organismos responsables del proceso electoral, y en esa medida, de la propia transparencia del proceso electoral.

En razón de lo expuesto, el Tribunal considera que el segundo párrafo del artículo 191º de la Ley Orgánica de Elecciones, modificado por el artículo 17º de la Ley N° 27369, es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que se derivan del principio del Estado Democrático de Derecho, y a los derechos constitucionales reconocidos en los incisos 2) y 4) del artículo 2º de la Constitución; dejando subsistente la limitación de difundir cualquier información relacionada a la votación hasta la hora del cierre de la misma".

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional ha reafirmado que el derecho a informar y a estar informado sobre un proceso electoral y sus resultados, debe prevalecer. En consecuencia, que la prohibición impuesta a la difusión de proyecciones sobre encuestas "en boca de urna" o muestreo de

actas durante un lapso de horas posterior al cierre del acto de sufragio, carece de razonabilidad y proporcionalidad, resultando por ello una medida restrictiva inconstitucional. Compartimos este criterio, que permitió declarar inconstitucional una norma que vulneraba la libertad de información; asimismo, que se haya admitido la subsistencia de la prohibición de difundir cualquier resultado o proyección de la votación mientras no se produzca la culminación o cierre del acto de sufragio.

1.5. PROHIBICIÓN DE TODA FORMA DE CENSURA PREVIA.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece expresamente, en el numeral 2 del Art. 13°, que el ejercicio de la libertad de expresión (derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas) *no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por ley*". El mismo Pacto, en el numeral 4 del citado artículo, admite la censura previa de los espectáculos públicos, pero sólo cuando ello esté contemplado por ley y con la exclusiva finalidad de regular el acceso a éstos en salvaguarda de la moral de la infancia y adolescencia.

Por su parte, la Constitución Peruana de 1993, en el inciso 4 de su Art. 2°, reconoce el derecho de toda persona a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento por cualquier forma o medio de comunicación social, *"sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley"*. A su vez, en el tercer párrafo de dicha norma se señala: *"Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente"*.

En nuestra opinión, la **censura previa** es cualquier forma de control o interferencia que impide, condiciona o supedita la difusión de informaciones o ideas, sea sometiendo su contenido a una revisión o aprobación previa antes de su divulgación, o imponiéndole restricciones, exclusiones parciales y hasta prohibiciones totales a su difusión. Entendemos que esta censura previa, como

regla general, sería ejercida por las autoridades estatales (políticas, administrativas, municipales, policiales, militares) pero cabe plantearse la posibilidad de que pueda producirse por obra de personas particulares dotadas de poder o autoridad al interior de corporaciones privadas, sea los propietarios o directivos de un medio de comunicación, en perjuicio de sus periodistas o del público usuario; o de cualquier empresa que impide o limita la libertad de expresión de los dirigentes laborales o trabajadores.

Ello resulta de particular interés por el conflicto que a veces se produce entre quienes fijan la línea editorial de un medio informativo y las opiniones discrepantes que sobre un tema o asunto pudiera tener algún periodista, por ejemplo. **¿Debe primar el derecho a la libertad de expresión del periodista o la libertad de empresa?** Si se opta por esta última, como muchas veces han considerado las autoridades judiciales y, por supuesto, quienes representan a ciertos medios de comunicación social, tendría que prevalecer la decisión de quienes dirigen el medio, por razones de propiedad de la empresa o estructura jerárquica organizacional, lo que justificaría el silenciamiento y la censura de las opiniones discordantes de sus periodistas o “empleados”. Tal criterio, que no compartimos, es muy grave y peligroso, pues circunscribe la prohibición de la censura previa a las autoridades estatales, pero puede convalidar y justificar la que ejercen los propietarios del medio de comunicación o los intereses privados que representan.

1.5.1. La posición del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos

1.5.1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el “Caso Martorell”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo ocasión de pronunciarse sobre los alcances de la censura previa a raíz del "Caso

Martorell" en contra de Chile¹³. Los antecedentes del caso, en forma muy sintética, son los siguientes:

- El señor Francisco Martorell y la Editorial Planeta publicaron en Argentina, el 21 de abril de 1993, el libro titulado "Impunidad Diplomática", referido a las circunstancias que condujeron a la partida de Chile del embajador argentino Oscar Spinosa Melo. El libro debía estar disponible para su comercialización en Chile al día siguiente.
- El mismo 21 de abril, el empresario chileno Andrónico Luksic Craig, mencionado en algunos pasajes de la obra, interpuso un recurso de protección (amparo) ante la Corte de Apelaciones de Santiago, solicitando que prohiba la circulación del libro en su país, por considerarlo violatorio de sus derechos a la privacidad y al honor.
- La Sala de la Corte de Apelaciones dictó una orden de "no innovar", prohibiendo temporalmente el ingreso, distribución y circulación del libro en Chile, en tanto se dictaba el fallo definitivo. Luego el tribunal, por dos votos contra uno, declaró fundada la demanda y prohibió el internamiento y comercialización del referido libro.
- El recurso extraordinario interpuesto ante la Corte Suprema fue desestimado por unanimidad por ésta (el 15 de junio de 1993) quedando firme la prohibición de circulación del libro en Chile.

El 23 de diciembre de 1993, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió la denuncia sobre el caso, donde se alegaba la violación del Art. 13º, inc. 2 de la Convención. La Comisión concluyó que la decisión de los tribunales chilenos habían violado dicha norma del Pacto, al imponer una censura previa a la publicación y circulación del libro "Inmunidad Diplomática",

¹³ Cf. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Informe N° 11/96, Caso 11.230: CHILE; 3 de mayo de 1996.

recomendando al Estado de Chile que se proceda a levantar la censura del referido libro y se permita su ingreso, circulación y comercialización en el país. Entre los principales argumentos expuestos por la Comisión Interamericana, como sustento de su informe, cabe señalar:

- *"56. La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del Art. 13°, es absoluta. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron (y aprobaron) la Convención (Americana) 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".*
- *"58. El artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido este derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumben".*
- *"59. En virtud de los razonamientos expuestos, la Comisión considera que la decisión de prohibir la entrada, la circulación y la distribución del libro "Impunidad Diplomática" en Chile, infringe el derecho a difundir "informaciones e ideas de toda índole" que Chile está obligado a respetar como Estado Parte de la Convención Americana. Dicho en otros términos, tal decisión constituye una restricción ilegítima del derecho a la libertad de expresión, mediante un acto de censura previa, que no está autorizado por el artículo 13 de la Convención".*
- *"70. Por tal motivo, 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".*

No tenemos duda de la importancia de preservar el derecho a las libertades de expresión e información, lo que lleva a preferir -como principio general- su realización antes que a propiciar restricciones a su pleno ejercicio. Tampoco en cuanto a la clara opción en su favor que hacen la Convención Americana de Derechos Humanos y nuestra Constitución, las que prohíben expresamente toda forma de censura previa, directa o indirecta, que impidan o limiten el ejercicio de este derecho fundamental.

Compartimos también el criterio de la Comisión cuando interpreta la Convención en el sentido que **la protección del derecho al honor o a la buena reputación no admiten la imposición de una censura previa de la información, ni siquiera por parte de un mandato judicial**, pues la Convención expresamente atribuye para su protección la exigencia ulterior de responsabilidades, que pueden conllevar para el infractor la obligación de reparar e indemnizar a la víctima; incluso mediante el derecho de rectificación y de respuesta ejercido por el afectado, o mediante la aclaración o subsanación ulterior efectuada por el propio medio de comunicación, puede lograrse el objetivo del restablecimiento del derecho. Tenemos **una opinión diferente, en cambio, respecto a la equiparación de cualquier mandato judicial, restrictivo de las libertades de expresión e información, como una forma de censura previa**, así como en que **no se establezcan distinciones o matices en su aplicación respecto al derecho al honor y buena reputación frente al caso, creemos que particular, de la intimidad y privacidad de la persona**, o incluso del derecho a la propia imagen. Sobre ello volveremos más adelante.

1.5.1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el caso “La Última Tentación de Cristo”.

El artículo 19° numeral 12 de la Constitución de Chile, en su último párrafo, dispone que *“la ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”*; dicha función era asignada por las normas vigentes al Consejo de Clasificación Cinematográfica.

El 29 de noviembre de 1988 dicho Consejo rechazó la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, solicitada por la United International Pictures Ltda. Esta decisión fue confirmada por un tribunal de apelación, el 14 de marzo de 1989. Posteriormente, el 11 de noviembre de 1996, ante una nueva solicitud de la misma empresa, el Consejo revisó su decisión y autorizó, por mayoría, la exhibición de la película para espectadores mayores de 18 años.

Ante esta decisión, un grupo de ciudadanos, invocando su propio derecho y en nombre de Jesucristo y la Iglesia Católica, interpuso un recurso de protección (amparo), el mismo que fue acogido por la Corte de apelaciones de Santiago, cuya sentencia del 20 de enero de 1997 dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo que autorizaba la exhibición de la película. El 17 de junio del mismo año, la Corte Suprema confirmó la sentencia apelada. Debe mencionarse que, ante esta situación, el Presidente de la República Eduardo Frei Ruiz-Tagle presentó ante el Congreso un proyecto de reforma constitucional eliminando la censura cinematográfica y sustituyéndola por un sistema de calificación de películas que garantice el respeto a la libertad de creación artística. El proyecto fue aprobado por la Cámara de Diputados, pero nunca completó el trámite para plasmar la reforma de la Constitución.

El 3 de septiembre de 1997, Juan Pablo Olmedo Bustos y otros ciudadanos denunciaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Chile, por la censura judicial que impuso la Corte Suprema al impedir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”. Se alegaban como violados, en su perjuicio y de la sociedad chilena, los artículos de la Convención referidos a las libertades de pensamiento y expresión y de conciencia y religión. El 16 de enero de 1999, la Comisión llevó el caso ante la Corte Interamericana, la que dictó sentencia en esta causa el 5 de febrero del 2001. En cuanto al contenido y alcances del derecho a la libertad del pensamiento y de expresión, señaló la Corte:

“64. (...) Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social (...) ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de expresar su

propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

65. Sobre la primera dimensión del derecho, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

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

Más adelante, la sentencia de la Corte recalca que en el artículo 13.4 de la Convención se contempla expresamente una excepción a la prohibición de la censura previa, pero referida únicamente a la exhibición de espectáculos públicos y sólo para regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. De ello concluye que, “*en todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión*” (70). Por eso, en su numeral 71, la sentencia sostiene que la decisión de la Corte Suprema de Chile de dejar sin efecto la autorización concedida por el Consejo de Calificación Cinematográfica a la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, **constituye una censura previa**

violatoria del Art. 13° de la Convención. Y la Corte precisa su interpretación de que cualquier violación de la Convención por parte de los órganos estatales configura una responsabilidad internacional del Estado, incluso si proviene de un mandato del Poder Judicial, señalando:

“72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier órgano o poder de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana (...) En el presente caso ésta (la responsabilidad del Estado) se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial”.

Pero así como la Corte resolvió que la prohibición de la exhibición de la película, dispuesta por la Corte Suprema de Chile, constituía una censura previa incompatible con la Convención y violatoria de las libertades de pensamiento y de expresión, desestimó que esta acción supusiera también una vulneración de las libertades de conciencia y religión previstas en el artículo 12° del Pacto. En efecto, dijo la Corte:

“77. En el presente caso, la Comisión opina que al prohibirse la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, la cual es a su juicio una obra de arte con contenido religioso, prohibición basada en una serie de consideraciones que interfieren de manera impropia la libertad de conciencia y religión, se violó el artículo 12 de la Convención. Por su parte, el Estado opina que no se violó el derecho consagrado en dicho artículo al considerar que al prohibirse la exhibición de la película no se violó el derecho de las personas a conservar, cambiar, profesar y divulgar sus religiones y creencias.

79. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno

de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias”.

Por nuestra parte, compartimos los fundamentos que llevaron a la Comisión Interamericana a considerar que en el caso Martorell la sentencia del Poder Judicial Chileno vulneraba indebidamente la libertad de expresión, que debía prevalecer en dicho caso sobre el derecho al honor y que configuraba una censura previa. Compartimos también el criterio de la Corte cuando sostiene que la prohibición de la exhibición de una película viola la libertad de pensamiento y de expresión, pues la Convención sólo autoriza la imposición de una censura previa respecto a los espectáculos públicos en cuanto a la restricción de acceso a niños y adolescentes para preservar su moral.

Sin embargo, como señalamos anteriormente, no compartimos la interpretación de la Comisión y la Corte Interamericana que **equiparan automáticamente los mandatos judiciales que suspenden temporalmente o prohíben la difusión de alguna información o publicación, por encontrar que violan algún derecho fundamental de la persona**, como la intimidad por ejemplo, **como una forma de censura previa**. En nuestra opinión, la prohibición de la censura previa debería ser interpretada como referida a la proscripción al control que pretendan ejercer las autoridades administrativas o políticas, pero no a los mandatos o decisiones judiciales que, en el marco de un debido proceso y tras realizar la ponderación de los derechos en conflicto y del legítimo interés general en juego, estén destinados a la protección del derecho fundamental a la intimidad personal y la vida privada, cuando resulta indebida o innecesariamente afectado a través del ejercicio abusivo de la libertad de expresión e información.

Como desarrollaremos con mayor detalle en los capítulos II y III de este trabajo, consideramos que la vulneración del derecho a la intimidad y a la vida privada, por la propia naturaleza y alcances del contenido de este derecho, no alcanzaría posibilidad de protección constitucional una vez que el daño se ha efectivizado. Ello impone establecer ciertas previsiones y excepciones a la interpretación plasmada por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos comentados, antes que propugnar su alcance generalizado e indiferenciado, involucrando incluso al derecho a la intimidad personal y afectándolo innecesaria y exageradamente, a fin de evitar posibles consecuencias irrazonables que podrán derivarse de su aplicación u observancia rígida.

1.5.2. Censura indirecta y “autocensura”.

Con particular acierto, la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe también expresamente las formas de censura indirecta que puedan ejercer las autoridades estatales, condenando prácticas tales como las trabas para el abastecimiento de papel para diarios, el condicionamiento político del otorgamiento o renovación de licencias o concesiones para la explotación de frecuencias radioeléctricas, la afectación de los aparatos o implementos que se utilizan en la labor de comunicación social, etc. Consideramos que también hay que contemplar como una forma de censura indirecta las prácticas estatales que propician una “autocensura” de un medio informativo o periodista, llevándolos a que “decidan” abstenerse de divulgar ciertas ideas, opiniones o informaciones por medio de presiones, amenazas, o por temor su sufrir represalias.

Algunos casos de censura indirecta a la libertad de expresión e información, se produjeron no hace mucho en el Perú, durante el régimen de Fujimori, los cuales merecen ser comentados pues utilizaron recursos distintos y más solapados respecto a las prácticas restrictivas previstas en la Convención como formas de censura indirecta. El primero de estos casos

afectó al ciudadano (de origen israelí) naturalizado peruano Baruch Ivcher, accionista mayoritario de la empresa "Frecuencia Latina", propietaria del canal 2 de televisión. Dicho personaje había mantenido una notoria identificación con la política del gobierno del presidente Fujimori y los sectores militares, lo que se reflejaba en la orientación informativa del referido canal. Sin embargo, en determinado momento difundió algunas informaciones e investigaciones periodísticas que comprometían a ciertas figuras prominentes del gobierno, especialmente al principal asesor presidencial para asuntos de seguridad e inteligencia, lo que obviamente disgustó al régimen.

Se produjo entonces, en coincidencia más que sospechosa, el dictado de una resolución de una dependencia de la Dirección de Migraciones (del Ministerio del Interior) que dispuso la cancelación del título de naturalización que confirió la nacionalidad peruana al señor Ivcher muchos años atrás, alegando que éste no había cumplido con acreditar la renuncia expresa efectuada a su nacionalidad israelita y que aparecían ciertas irregularidades (o extravíos de documentos) en el expediente respectivo. Poco después, en forma también coincidente, el sector dominante de los restantes accionistas de la empresa, basándose en una ley que restringe la titularidad de empresas o acciones de empresas de radiodifusión sólo a ciudadanos peruanos, emprendió una curiosa acción de amparo para reclamar el control de los órganos de dirección empresarial y excluir de éstos a Ivcher, pretensión que fue concedida por el Poder Judicial, cuya falta de independencia política frente al régimen era ostensible.

Una vez asumido el control de la dirección del canal de televisión por este grupo de accionistas, los espacios informativos que habían asumido una posición crítica al gobierno volvieron a su línea original de pleno apoyo, y los periodistas involucrados, sea por despido o renuncia, quedaron fuera de este medio de comunicación, que asumió una inocultable identificación política con el régimen y su campaña reeleccionista. A su vez, Ivcher fue objeto de diversos procesos judiciales vinculados a sus empresas, afectando su patrimonio y poniendo en peligro su libertad, situación que lo llevó a abandonar el país. Su caso fue posteriormente conocido y resuelto favorablemente por la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, que determinó la responsabilidad del Estado Peruano y dispuso que Ivcher debía recuperar su nacionalidad peruana y su condición de accionista mayoritario de la empresa televisiva. Esta articulación de un grupo de accionistas de un medio de comunicación social y el recurso a un proceso judicial destinado a lograr el “cambio de manos” en el control de la dirección de la empresa, lo que debería incidir en la modificación de la línea informativa y editorial del medio, se intentó también ensayar en contra del diario “El Comercio”, el más importante e influyente del país, aunque la maniobra no logró prosperar.

Otra forma de censura indirecta a la libertad de expresión e información periodística ejercida durante el gobierno fujimorista, se realizó mediante la colocación o amenaza de retiro de la cuantiosa propaganda y publicidad estatal y gubernamental en un determinado medio de comunicación social. También se utilizó la presión proveniente de la entidad estatal encargadas del control de la recaudación tributaria, frente a medios que se encontraban en situación de morosos del pago de impuestos. Por este tipo de mecanismos se logró que la casi totalidad de los medios privados de televisión por señal abierta mantengan un notorio apoyo a la política del régimen o, cuando menos, una acusada “autocensura”.

Este tipo de mecanismos de presión económica, sumados al riesgo de sufrir represalias políticas o en procesos judiciales, se emplearon también para conseguir que los propietarios de empresas de televisión retiren del aire programas informativos que, por su posición crítica al régimen o difusión de investigaciones independientes, resultaban incómodos al gobierno. Puede así mencionarse el caso del periodista César Hildebrandt y su programa, ampliamente sintonizado, retirado primero de la televisión y luego de la radio, mediante decisiones de los propietarios del medio de comunicación motivadas por presiones promovidos desde instancias gubernamentales.

Los efectos de estos actos de censura indirecta a la libertad de información se hicieron groseramente ostensibles durante el proceso electoral del año 2000, donde Fujimori propugnaba y logró (por suerte de manera

efímera) su reelección para un tercer período presidencial consecutivo, en clara contravención de la Constitución. En dicho proceso, la totalidad de canales de televisión privada de señal abierta no sólo actuaron con grotesca parcialidad en favor del gobierno y la reelección presidencial, excluyendo de participación a las fuerzas de oposición, silenciando sus actos y manifestaciones públicas o desatando una tenaz campaña de desprestigio en su contra; además, todos ellos se negaron a permitir la contratación de propaganda electoral pagada de los partidos de oposición, alegando sus derechos a las libertades de contratación o que tenían comprometidos sus espacios publicitarios.

Este tipo de situaciones ameritan reflexionar respecto a la indebida identificación que a menudo se realiza (no pocas veces interesadamente) **entre la libertad de información y de prensa y la libertad de empresa**. Ciertamente las empresas que realizan actividades vinculadas a la comunicación social e información tienen un conjunto de derechos, algunos propios de su condición de empresas (propiedad de sus bienes, por ejemplo) y otros vinculados al ejercicio de la libertad informativa y de expresión. Pero ello no puede significar ni justificar cualquier acto o decisión de los propietarios o de quienes dirigen una empresa dedicada a la difusión y comunicación social, como la cancelación de un programa de televisión, la exclusión de un periodista, o la omisión de informaciones u opiniones que no coinciden con la opción política o los intereses económicos de los titulares de la organización.

Ello obliga también a realizar otra importante distinción entre los diferentes medios de comunicación social, a través de los cuales se ejerce las libertades de expresión e información. En efecto, mientras que la edición de un diario, periódico o revista puede efectuarse con mayor facilidad económica y libertad; la explotación de emisoras de radio o televisión está sujeta a un acto de autorización administrativa y concesión de licencia por parte del gobierno, requiere de inversiones económicas elevadas, se realiza a través de un espectro radioeléctrico que pertenece a la nación y que administra el Estado, lo que determina que sólo unas pocas entidades o empresas puedan acceder a esta actividad.

Es esta distinta situación fáctica y técnica existente entre los medios de comunicación social, la que nos lleva a considerar que las empresas que tienen el “privilegio” de contar con el derecho de explotar el espectro radioeléctrico deberían estar sujetas a algunas obligaciones adicionales con respecto a la sociedad, en aras de garantizar una amplia y genuina libertad, veracidad y pluralismo en el ejercicio de los derechos de libre expresión e información. Así, es legítimo que un medio de comunicación privado de radio o televisión exprese sus opiniones políticas o defienda sus intereses, utilizando su espacio editorial o mediante pronunciamientos, pero ello no lo autoriza a excluir deliberadamente a otros sectores de opinión política o de intereses con los que discrepan, especialmente en el marco de procesos electorales.

Antes de concluir el análisis de este punto, conviene señalar que nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a la alegación de formas de censura indirecta. En efecto, en el amparo que interpuso la Empresa de Radio y Televisión Huánuco S.A. (Exp. N° 1048-2001-AA/TC) contra el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y la Dirección Regional de Huánuco del citado ministerio, por considerar que se venían amenazando sus derechos constitucionales a la igualdad, a la libertad de información, a la propiedad y otros. La sentencia del 9 de octubre de 2002, que declaró fundada la acción donde se solicitaba dejar sin efecto la posible sanción de multa y medida cautelar de incautación de equipos de transmisión, así como que se autorice la continuación de funcionamiento y operación de la estación de radiodifusión en frecuencia modulada, estableció:

“El artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos garantiza contra cualquier tipo de restricción del “derecho de expresión por vías o medios indirectos (...). El Tribunal Constitucional considera que un “abuso de control oficial” se presenta en todos aquellos casos en los que las exigencias de los organismos públicos competentes no satisfacen criterios mínimos de razonabilidad con el propósito de evitar que la información pueda llegar a la opinión pública.

No cabe que la administración pretenda exigir el cumplimiento de requisitos (...) cuando ella misma no brinda las facilidades para que dichos requisitos sean efectivamente cumplidos en la práctica (...) En ese sentido, si bien el espectro radioeléctrico indudablemente constituye un recurso del Estado, cuyo uso por particulares depende del otorgamiento de concesiones, ello no significa que el Estado pueda abusar de sus prerrogativas y, por ende, pueda concederlas o denegarlas de modo arbitrario, como evidentemente está ocurriendo en el caso de autos.”

Si bien consideramos fundamental prevenir o evitar que las autoridades estatales utilicen mecanismos indirectos para la censura o control de los medios de comunicación social, tales como denegar arbitrariamente la autorización o el otorgamiento de una frecuencia para la operación de medios que deben utilizar el espectro radioeléctrico, como las emisoras de radio o televisión, creemos conveniente precisar el contenido y algunos alcances generales que pueden desprenderse de lo señalado en este último párrafo citado de la sentencia comentada. En tal sentido, no consideramos válido que si una emisora de radio o televisión funciona sin autorización para el uso de una frecuencia o sin respetar las especificaciones técnicas impuestas a la emisión de su señal, pueda reclamar la continuidad de sus actividades irregulares en nombre de la prohibición de afectación a la libertad de información. Distinto sería el caso si las sanciones administrativas que conlleven la clausura o el impedimento de operación de la emisora, resulten inmotivadas o arbitrarias, ya que estaríamos, incluso, ante una forma de censura directa.

1.6. LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO.

La primera Constitución Peruana de 1823 consignaba, en el inciso 7° de su Art. 193°, una protección genérica a la inviolabilidad de la libertad de imprenta. Por su parte, la Constitución de 1826 le dio un tratamiento más

completo y una fórmula que (en lo esencial) se mantuvo en las sucesivas constituciones de 1828, 1834, 1839, 1856, 1860 y 1920. Se señalaba en el Art. 143° de dicha Carta: *“Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra, o por escrito y publicarlos por medio de la imprenta sin censura previa, pero bajo la responsabilidad que la ley determine”*. Debe destacarse que esta norma, a pesar de su antigüedad, ya contemplaba la prohibición de la censura previa y el establecimiento del principio de la responsabilidad ulterior.

Algunas modificaciones importantes se introdujeron en la Constitución de 1933, cuyo Art. 63° disponía:

“El Estado garantiza la libertad de la 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”.

Cabe resaltar la supresión en dicha norma de la referencia expresa a la prohibición de censura previa, así como el énfasis puesto en el tema de la responsabilidad, estableciendo la solidaridad entre el autor y el editor de la publicación para efectos de la indemnización impuesta. A su turno, la Carta de 1979, en el inciso 4° de su Art. 2°, estableció una norma esencialmente protectora de la libertad de expresión e información, sin duda como explicable reacción ante los graves atropellos cometidos contra el ejercicio de estos derechos durante el régimen militar precedente. El texto de dicha norma es virtualmente similar al que aparece en la actual Constitución de 1993, cuyo inciso 4° de su artículo 2°, establece que toda persona tiene derecho:

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

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 fuera común.

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

Por otra parte, cabe resaltar que la primera referencia expresa en nuestros textos constitucionales al derecho a la vida privada y a su protección, aparece en el artículo 20° de la Constitución de 1867. Paradójicamente se trató de una Carta en extremo efímera, lo que no desmerece el avance -cuando menos en el plano teórico o conceptual- que la incorporación de una norma de este tipo representaba en aquel tiempo. El referido artículo contemplaba el conflicto entre el ejercicio de la llamada libertad de imprenta y el respeto de la vida privada, estableciendo un tratamiento diferenciado de la responsabilidad cuando se aludía a asuntos de interés general o de naturaleza personal. Así señalaba:

“Todos 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”.

La Constitución de 1993, en el inciso 7° de su artículo 2°, reconoce los derechos a la intimidad personal y familiar, al honor y a la buena reputación, a la propia imagen y voz, pero, a pesar de algunos añadidos incorporados al texto de la Carta de 1979, mantiene una amplia generalidad e imprecisión

sobre el contenido de estos derechos. Establece dicha norma como derecho de toda persona:

“Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

Cabe señalar que en el debate constituyente que dio lugar a la Carta de 1993, la propuesta inicial de la Comisión de Constitución era conservar casi sin mayor alteración el artículo pertinente de la Constitución de 1979, en especial ante la sensibilidad de los medios de comunicación social frente al tema del **derecho de rectificación**, que podía ser invocado por quien se considere afectado por afirmaciones inexactas o agraviantes. En la sustentación de la propuesta, a cargo del congresista Carlos Ferrero, se recalcó que las novedades introducidas eran únicamente la incorporación de la protección al derecho a la propia voz (uniéndose al derecho a la imagen) siguiendo lo establecido en el Código Civil de 1984; así como el agregado con respecto al derecho de rectificación, que sumaría a su carácter gratuito (ya fijado en la Carta precedente) los requisitos de inmediato y proporcional, sustituyendo esta última palabra una versión anterior que utilizaba la frase “con iguales características”¹⁴.

En el debate constituyente con respecto a los alcances del derecho de rectificación, se suprimió la referencia a “publicaciones” (por intervenciones de los congresistas Cruz, Sambucetti y Chirinos Soto) para evitar sugerir una vinculación exclusiva con la prensa escrita, englobando toda afectación por afirmaciones inexactas o agravios a través de cualquier medio de comunicación en general. Asimismo, a propuesta del congresista Marcenaro,

¹⁴ Cf. “CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. DIARIO DE LOS DEBATES: DEBATE CONSTITUCIONAL PLENO – 1993” (publicación oficial); Lima (julio 1998); Tomo I, pág. 115.

se omitió la mención de que esta afectación estaba referida al honor (contenida en la Constitución de 1979) a fin de hacer extensiva la aplicación del derecho de rectificación a todos los derechos enumerados en el primer párrafo de la norma, es decir, al honor, la buena reputación, la intimidad personal y familiar, así como a la voz e imagen propias¹⁵.

Con respecto al derecho al honor y a la buena reputación, la Constitución de 1993, en el ya citado inciso 7° de su Art. 2° establece el derecho de rectificación como la vía de ejercer su protección constitucional, ante las afirmaciones inexactas o agraviantes difundidas a través de un medio de comunicación social que afectan a una persona; esta norma recoge lo expuesto en el Art. 14.1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que involucra los derechos de rectificación y respuesta; otras normas y autores utilizan también indistintamente -junto a ambas denominaciones- la de derecho de réplica. Aunque en el ordenamiento constitucional peruano se habla de derecho de rectificación, consideramos que comprende tanto el rectificar afirmaciones inexactas como la respuesta o réplica frente a las que tienen carácter agravante. Nuestra Constitución y el Pacto de San José, recalcan que el ejercicio de esta acción no enerva ni excluye la potestad del afectado para reclamar la reparación del daño y la sanción del agresor por las vías civil o penal.

Conviene aclarar que la Constitución de 1993, en el Título referido a las Garantías Constitucionales, incluyó originalmente en el inciso 3° de su Art. 200°, dentro de los derechos protegidos por la nueva acción de Habeas Data los contenidos en el inciso 7° del Art. 2°, es decir, los derechos al honor y buena reputación, a la intimidad personal y familiar, a la voz e imagen propias, así el de rectificación, que pudieran ser afectados a través de las libertades de expresión e información a través de un medio de comunicación. La ley N° 26301, publicada el 3 de mayo de 1994, reguló transitoriamente la aplicación procesal del Habeas Data, incluyendo el caso de su utilización para el derecho de rectificación, en caso de negativa del medio de comunicación a efectuarla.

¹⁵ Ibidem: págs. 115 a 118.

Pero una pronta reforma constitucional, aprobada por la Ley N° 26470, eliminó la vinculación del Habeas Data con tales derechos, quedando su defensa a cargo de la acción de amparo. Posteriormente, se dictó la Ley N° 26775, publicada el 24 de abril de 1997, que reguló lo referente al ejercicio del derecho de rectificación; esta norma sufrió algunas leves modificaciones por la Ley N° 26847, del 28 de julio de 1997.



CAPÍTULO II

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y A LA VIDA PRIVADA

2.1.- ORIGEN, EVOLUCIÓN, Y ALCANCES DEL DERECHO.

Aunque su reconocimiento expreso en las constituciones y los pactos internacionales de derechos humanos resulta relativamente reciente, los orígenes del derecho a la intimidad, a la privacidad o a la vida privada¹ (como suele denominársele, a veces de manera indistinta) pueden encontrarse mucho más atrás. Están ligados al surgimiento mismo de la noción de libertad personal, así como a la necesidad de preservar esferas íntimas o reservadas de autodeterminación, que no sean objeto de intrusión, injerencia externa o divulgación por parte de terceros, especialmente del poder público.

A menudo cuando se rastrean los antecedentes del derecho a la intimidad o a la privacidad, se destacan los aportes de Benjamín Constant, en su trabajo “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, donde analiza el distinto significado de la noción de libertad y de la participación política en ambas sociedades, para concluir que en la sociedad moderna “*nuestra libertad debe consistir en el disfrute apacible de nuestra independencia privada*”². Asimismo se encuentran elementos básicos de este derecho en los planteamientos de James Madison y John Adams, cuyo pensamiento ejerció gran influencia en la construcción del constitucionalismo y de los cimientos del régimen político fundado en los Estados Unidos de

¹ JUAN MORALES GODÓ (en, “El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información”; GRIJLEY, Lima, 1995; 108-109 págs.) prefiere el uso de la denominación derecho a la vida privada frente a la de privacidad, por ser ésta un anglicismo derivado del right of “privacy” que dio origen y difusión jurídica al concepto; incluso frente a derecho a la intimidad, que es la fórmula empleada en nuestro ordenamiento constitucional y legal, por resultar más precisa y comprensiva de los alcances de este derecho, como analizaremos más adelante. Compartimos sus argumentos, aunque utilizaremos en nuestra exposición (seguramente más de una vez) estas diversas denominaciones de manera indistinta, atribuyéndoles –claro está- contenido similar o equivalente.

² Cf. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: “El derecho a la autodeterminación informativa”; TECNOS; Madrid (1990); 46-47 págs.

Norteamérica, que confiere especial valor a la libertad y autonomía personal, auténtico sustento de la intimidad.

En verdad no pueden desligarse los orígenes del derecho a la intimidad y a la vida privada de los aportes filosóficos del Liberalismo, elaborados por autores anglosajones como John Locke, Robert Price y John Stuart Mill, donde se afirman la libertad y autonomía personal como sustento de un régimen político que acabe con el poder absoluto del gobernante, sirviendo de base para el desarrollo del constitucionalismo británico y moderno. Así, John Stuart Mill señala:

“Pero hay una esfera de acción en la que la sociedad, como distinta al individuo, no tiene más que un interés indirecto, si es que tiene alguno. Nos referimos a esa posición de la conducta y de la vida de una persona que no afecta más que al propio sujeto, y que, si afecta igualmente a otros, lo hace con su previo consentimiento y con una participación libre, voluntaria y perfectamente clara (...). Esta es la esfera de la libertad humana. Comprende, en primer lugar, el dominio interno de la conciencia, exigiendo la libertad de conciencia en el sentido más amplio de la palabra, la libertad de pensar y de sentir, la libertad absoluta de opiniones y de sentimientos, la libertad de expresar y publicar las opiniones (...). En segundo lugar, el principio de la libertad humana requiere la libertad de gustos y de inclinaciones, la libertad de organizar nuestra vida siguiendo nuestro modo de ser, de hacer lo que nos plazca...”³

Conforme señala Francisco Zúñiga⁴:

³ STUART MILL, JOHN: “Sobre la libertad”; SARPE, “Los grandes pensadores”, N° 26; Madrid, España (1984); págs. 40-41.

⁴ ZÚÑIGA U., FRANCISCO: “El derecho a la intimidad y sus paradigmas”; en, “Derecho a la autodeterminación informativa y acción de hábeas data en Iberoamérica”; revista IUS et PRAXIS, año 3 N° 1 (1997); Universidad de Talca, Chile; Págs. 286 y 287. Este trabajo también ha sido publicado en “DERECHO” N° 51 (diciembre 1997); revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

“En la indagación de las raíces de la matriz ideológica liberal hemos de descubrir el individualismo del siglo XVII y XVIII, que en su versión puritana, destaca el igual valor moral de todo ser humano, de suerte que, todo individuo es libre en la medida que es “propietario de su propia persona y de sus capacidades” (Macpherson). El “individualismo posesivo” es la matriz ideológica e histórica del derecho a la intimidad, el cual dada su historicidad y positividad está en constante evolución o cambio (...) En esta concepción liberal el derecho a la intimidad es básicamente una libertad negativa, un estatus libertatis, de no injerencia del Estado o individuos en la subjetividad, configurada como haz de derechos y deberes (Jellineck). La exclusión -dice Helena Béjar- de la esfera del poder y el aislamiento como opción de un ser moral representan dos maneras distintas de entender el fenómeno de la privacidad. La privacidad es pues el ámbito de la libertad y el área del desarrollo de la condición humana”.

Sin embargo, las primeras referencias expresas a un derecho a la intimidad o privacidad, así denominado y con carácter de derecho autónomo, suele afirmarse que surgen en los Estados Unidos, a fines del siglo XIX, en torno a la noción del *“right of privacy”*. Destaca así el aporte del juez Thomas Cooley, en su obra *“The elements of torts”* (1879) quien define el derecho a la privacidad como *“the right to be let alone”*, es decir, el derecho a ser dejado solo o sin ser perturbado o molestado por injerencias externas no deseadas⁵. Iván Díaz Molina sostiene que este criterio fue recogido en diversos casos, como en el fallo de *Brents vs. Morgan*, señalando que es *“el derecho a gozar de la soledad: el derecho que tiene cada persona de no ser objeto de una publicidad ilegal; el derecho de vivir sin interferencias ilegales del público en lo concerniente a asuntos en los cuales ese público no tiene un interés legítimo”*⁶.

Un momento crucial para el desarrollo de este derecho a la intimidad o a la vida privada lo constituye el trabajo de Samuel Warren y Louis Brandeis

⁵ Cf. EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL y PIZZOLLO, CALÓGERO: *“Hábeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática”*; Depalma; Buenos Aires (1996); pág. 8.

⁶ Citado por MORALES GODO, JUAN; obra citada; Pág. 105.

(luego juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos) titulado “The right of privacy”, publicado en la Harvard Law Review del 15 de diciembre de 1890. El propósito de este artículo, era establecer límites jurídicos que vedasen la intromisión de la prensa en la vida privada, motivado en el interés de Warren de frenar las informaciones sensacionalistas de ciertos periódicos de Boston sobre su vida conyugal. En su formulación, el derecho a la privacidad se caracteriza por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada, sobre todo de los medios de comunicación, haciendo prevalecer las ideas de aislamiento y autonomía, especialmente en aspectos como la vida doméstica y las relaciones sexuales⁷. Lo definen como “*una fase del derecho que tiene cada persona sobre su seguridad personal, vale decir, que es una parte del derecho más comprensivo a una personalidad inviolada*”⁸.

Para Warren y Brandeis, el derecho a la privacidad tendría que admitir ciertos límites, tales como:

- a) *No puede impedir o prohibir la publicación de lo que es público o resulta de interés general.*
- b) *No se prohíbe la revelación de todo lo que, en principio, es privado, cuando se realiza en un tribunal, una asamblea legislativa o municipal, o en cumplimiento de un deber público o privado, o cuando concierne a nuestros propios intereses.*
- c) *Probablemente la ley no exigirá reparación cuando la intromisión originada por una revelación verbal no haya causado especiales daños.*
- d) *El consentimiento del afectado excluye la vulneración del derecho.*
- e) *La exceptio veritatis no es admisible como defensa del agresor.*

⁷ LUCAS MURILLO, PABLO: obra citada; Pág. 57-58.

⁸ MORALES GODO, JUAN: obra citada; Pág. 105.

f) *La ausencia de dolo en el editor tampoco puede ser argumentada como defensa*⁹.

Muchos años después, ya como juez de la Suprema Corte, Brandeis aportó mayores elementos para el perfeccionamiento del contenido de este derecho, a partir de su entroncamiento con la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, en una interpretación extensiva de ésta, con motivo de su voto disidente en el caso *Olmstead v. United States* (1928) donde busca fijar límites a la intromisión del gobierno en la vida privada. La IV Enmienda ha servido posteriormente de base a la interpretación de la Suprema Corte norteamericana para encontrar en ella el principal sustento constitucional del “right of privacy”. Dicha norma dispone:

“No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, casas, papeles o efectos contra registros, arrestos y embargos irrazonables, ni se librárá al respecto ningún mandamiento sin probabilidad fundada, apoyada por juramento o declaración formal, y sin descripción minuciosa del lugar a registrar y de las personas o cosas que deben ser arrestadas o embargadas”.

Pero fue recién en 1965 cuando el Supremo Tribunal norteamericano definió el “derecho a la privacidad” como un derecho autónomo y específico. Se trató del caso *Griswold v. Connecticut*, donde consideró inconstitucional (por violatorio de la intimidad) la prohibición de vender, distribuir y utilizar anticonceptivos, reconociendo como parte del derecho a la intimidad de una pareja el decidir acerca de su utilización. La Corte entendió así como intimidad la autonomía para tomar decisiones de naturaleza íntima. Desde entonces, las principales sentencias de la Corte relacionadas con el tema de la intimidad, han estado vinculadas a temas de sexualidad y la preservación de su privacidad¹⁰;

⁹ LUCAS MURILLO, PABLO: obra citada; Págs. 60-61.

¹⁰ Morales Godo (obra citada, Pág. 91) señala el desarrollo de la jurisprudencia norteamericana en este campo, tomando como ejemplo el caso *Roe vs. Wade* (resuelto por la Suprema Corte en 1973) donde se reconoció el derecho de las mujeres menores de edad a decidir sobre el aborto, incluso sin el consentimiento de sus padres; asimismo la declaración de inconstitucional

en cambio, la tendencia ha sido hacer prevalecer la libertad de información o expresión frente al derecho a la intimidad¹¹.

Señala Morales Godo¹², siguiendo al profesor Willian L. Prosser, que en el derecho norteamericano el “right of privacy” comprende cuatro valores o aspectos frente a los cuales se extiende la protección, que son: “a) *actos de intromisión que perturban el retiro o soledad del individuo (fisgoneo, persecución); b) divulgación pública de hechos privados embarazosos sobre el individuo; c) publicidad que coloca al individuo bajo una luz falsa ante el público (atribución falsa de una opinión o utilización de la imagen o fotografía para vincular falsamente a una persona con un hecho); y, d) apropiación de la imagen o identidad de una persona para obtener un beneficio*”.

Cabe precisar, conforme anota Morales Godo, que en el derecho de los Estados Unidos el “right of privacy” (a la privacidad o a la reserva de la vida privada) tiene un alcance o contenido mucho más amplio que el que le asignamos en nuestra (más reciente) noción de derecho a la intimidad. Y es que no sólo involucra los aspectos íntimos o privados de la vida personal y familiar, sino también (de manera indiferenciada) ámbitos que entre nosotros serían considerados como propios del derecho al honor (con la protección frente a la difamación) y del derecho a la propia imagen.

Similar advertencia realiza Blanca Rodríguez Ruiz¹³, quien define como ámbitos propios del right of privacy norteamericano las nociones de retiro, secreto, propia imagen y autonomía; cuestionando la amplitud e imprecisión de

impuesta a una ley del Estado de New York (1977), que prohibía la venta de anticonceptivos a menores de 16 años.

¹¹ LUCAS MURILLO, PABLO: obra citada; Págs. 63 a 67. Es importante anotar que en materia de libertad de prensa e información se señala como precedente el denominado “New York Times v. Sullivan standard”, utilizado en el caso Time Inc. v. Hill (1967) donde se estableció como criterio que la revelación de asuntos de la vida privada de una persona no da lugar a la exigencia de reparación, salvo cuando la publicación se haya hecho conociendo la falsedad de la información o mediando una negligencia inexcusable (doctrina de la “real malicia”).

¹² Cf. MORALES GODO, JUAN: “El right of privacy norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Estudio comparado”; en “DERECHO” N° 49, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; (diciembre de 1995); Págs. 175 a 184.

¹³ Cf. RODRÍGUEZ RUIZ, BLANCA: “El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad”; McGraw-Hill; Madrid (1998); Págs. 5 a 7.

este concepto que, a su entender (y en el nuestro) puede convertir en casi inmanejable y difícilmente operativo el derecho a la intimidad. Agrega esta autora que no existe en los ordenamientos jurídicos europeos un concepto equivalente al “privacy” norteamericano, ni siquiera una palabra o traducción apropiadamente equivalente, estimando también como más cercana la de “vida privada”, aunque con un alcance y significado diferente.

La propia Blanca Rodríguez afirma que en Europa el derecho a la intimidad ha adquirido una tradición propia. Señala así el caso de Alemania donde, a pesar de no estar expresamente contemplado en la Ley Fundamental de Bonn, fue instituida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como integrante del “derecho al desarrollo de la personalidad”, contemplado en el artículo 2.1 de dicha norma. Asimismo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos define al derecho a la intimidad como el derecho a disfrutar de retiro y de secreto. Y agrega que *“tanto la noción de retiro como la de secreto hacen referencia a zonas de las que se puede excluir a los demás, a zonas en las que cosas, informaciones, actividades e, incluso, personas pueden quedar al resguardo de intrusiones no deseadas, de la mirada del mundo público. El Tribunal Constitucional Español ha hablado de un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren, o de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás”*¹⁴.

Puede señalarse que, en sistemas jurídicos como los nuestros, hasta no hace mucho tiempo la protección de un derecho a la intimidad o a la reserva de la vida privada aparecía disgregada en un conjunto de otros derechos, que incluso alcanzaron individualidad constitucional con anterioridad a éste, tales como la libertad de conciencia y el derecho a guardar reserva sobre las propias convicciones, la inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones, de la correspondencia y de los papeles privados. De modo que la ulterior aparición autónoma del derecho a la intimidad obliga a tener que individualizar los contenidos que le son propios, para diferenciarlos de los que pertenecen a los derechos con los que antes estaba involucrada. Posteriormente, el derecho a

¹⁴ Ibídem: Pág. 11.

la intimidad ha dado lugar a otros nuevos derechos, también ya autónomos, como la protección de los datos personales frente a su utilización por sistemas informáticos, también conocido como derecho a la autodeterminación informativa.

No llama por ello a sorpresa que en uno de los principales intentos modernos por definir el contenido y alcances del derecho a la intimidad, la Conferencia de Juristas Nórdicos¹⁵ (realizada en Estocolmo en mayo de 1967) se le confirió contornos aún bastante amplios, involucrando o atribuyéndole aspectos tales como los siguientes:

“1. El derecho al respeto de la vida privada, que es de una importancia capital para la felicidad del hombre, debe ser reconocido como un derecho fundamental de la persona humana. Este derecho protege al individuo contra las autoridades públicas, el público en general y los otros individuos.

2. El derecho al respeto de la vida privada, es el derecho de una persona a ser dejado en paz para vivir su propia vida, con el mínimo de injerencias exteriores; protegiendo frente:

- a) Toda injerencia en la vida privada, familiar y doméstica.*
- b) Todo ataque a la integridad física o mental o a la libertad moral o intelectual.*
- c) Todo ataque al honor o a la reputación.*
- d) Toda interpretación perjudicial dada a sus palabras o a sus actos.*
- e) La divulgación innecesaria de hechos embarazosos referentes a la vida privada.*
- f) La utilización del nombre, identidad o imagen de una persona.*
- g) Toda actividad tendiente a espiar, vigilar o acosar a una persona.*

¹⁵ Citada por SAAVEDRA ROJAS, EDGAR: “El derecho a la intimidad y la inconstitucionalidad de la exceptio veritatis en los delitos de calumnia e injuria”; en, “Estudios Penales en homenaje al profesor Luis Carlos Pérez”; dirigido por Jorge Enrique Valencia; TEMIS ; Bogotá (1984); Págs. 232 a 236.

- h) La interceptación de la correspondencia.*
- i) La utilización maliciosa de las comunicaciones privadas, escritas u orales.*
- j) La divulgación de informaciones comunicadas o recibidas bajo el secreto profesional.*

3. En la práctica, la definición arriba mencionada comprende los casos siguientes:

- a) El registro de una persona.*
- b) La violación y el registro del domicilio o de otros locales.*
- c) Los exámenes médicos obligatorios, físicos o psicológicos.*
- d) Las declaraciones molestas, falsas o irrelevantes sobre una persona.*
- e) La interceptación de la correspondencia.*
- f) La captación de los mensajes telefónicos o telegráficos.*
- g) La utilización de aparatos electrónicos para la vigilancia o de otros sistemas de escucha.*
- h) La grabación sonora y las tomas de fotografías o películas.*
- i) El acoso por los periodistas y otros representantes de los medios de comunicación social.*
- j) La divulgación pública de hechos referentes a la vida privada.*
- k) La divulgación de informaciones comunicadas o recibidas por consejeros profesionales o dadas a autoridades públicas obligadas al secreto.*
- l) El acoso de una persona, por ejemplo, vigilándola, siguiéndola o molestándola con llamadas telefónicas”.*

Encontramos también bastante útil y acertada la enumeración que realiza Novoa Monreal en cuanto a los diversos aspectos y situaciones que conformarían el derecho a la vida privada e intimidad personal y que quedarían protegidos por éste, pudiendo señalar los siguientes:

- “Ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desea sustraer del conocimiento ajeno.*

- *Aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual.*
- *Aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar, en especial los de índole embarazosa para el individuo o su familia.*
- *Defectos o anomalías físicas o síquicas no ostensibles.*
- *Comportamiento o conducta del individuo que no es del conocimiento de los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación que éstos hacen de aquél.*
- *Afecciones de la salud cuyo conocimiento por los demás menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan respecto del sujeto involucrado.*
- *Contenido de comunicaciones escritas u orales de tipo personal, dirigidas únicamente para el conocimiento de una o más personas determinadas.*
- *La vida pasada del sujeto, en cuanto pueda ser motivo de bochorno para éste.*
- *Orígenes familiares que lastimen la posición social y, en igual caso, cuestiones concernientes a la filiación y a los actos del estado civil.*
- *El cumplimiento de las funciones fisiológicas de la excreción y hechos y actos relativos al propio cuerpo que son tenidos por repugnantes o socialmente inaceptables (ruidos corporales, introducción de los dedos en cavidades naturales, etc.).*
- *Momentos penosos o de extremo abatimiento.*

- *En general, todo dato, hecho o actividad no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral o síquica al afectado (desnudez, embarazo prematrimonial, etc.)”¹⁶.*

Un aporte interesante en cuanto a la definición y alcances del derecho a la intimidad es formulado por el profesor colombiano Rivera Llano¹⁷, quien señala que *“la intimidad personal es uno de los denominados derechos de la personalidad. Suele definírsela como ese ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra la posibilidad de desarrollo y fomento de la personalidad; lo que significa, en otros términos, que se trata de ese territorio personal reservado a la curiosidad pública, absolutamente necesario para el desarrollo humano y donde enraíza la personalidad”*. El propio Rivera agrega que la intimidad y la vida privada protegen los cuatro estados característicos de la privacidad y la libertad, que son: *“a) la soledad, cuando la persona vive sola por autodeterminación; b) la intimidad, cuando el individuo está en compañía de otros o de un pequeño grupo (familia, amigos); c) el anonimato, que consiste en el interés de no ser identificado en la rutina de cada día; y, d) la reserva, entendida como voluntad de no revelar ciertas cosas sobre sí mismo”*.

El profesor colombiano Fernando Hinojosa Forero aporta también diversos intentos de definición y delimitación del contenido del derecho a la intimidad. Así anota que, para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, intimidad se refiere a la *“zona espiritual, íntima (lo más interior o interno) reservado de una persona o grupo, especialmente de una familia. Privacy, being withdrawn from society or public interest; being alone and undisturbed; avoinance of publicity (Diccionario de Oxford de Inglés común)”*. Este mismo autor, citando a Cataudela, señala que *“privado sería un término apto para designar todo lo que respecta a la llamada vida privada; vida que puede ser perturbada no sólo por la adquisición y difusión de noticias, sino*

¹⁶ NOVOA MONREAL, EDUARDO: “Derecho a la vida privada y libertad de información”; Siglo XXI; Méjico (1979); Págs. 45-46.

¹⁷ RIVERA LLANO, ABELARDO: “La protección de la intimidad y el honor y la informática”; en, Estudios Penales. Homenaje al profesor Luis Carlos Pérez, edición dirigida por Jorge Enrique Valencia; TEMIS; Bogotá (1984); 171 págs.

también por comportamientos de otro género (molestias) que de cualquier modo le impiden a la persona satisfacer su propia necesidad de aislamiento”. Y citando al profesor peruano Carlos Fernández Sessarego, agrega que “el derecho a la intimidad es la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el que pueda desarrollar, sin intrusión, curiosidad, fisgoneo ni injerencia de los demás, aquello que constituye su vida privada. Es la exigencia existencial de vivir libre de un indebido control, vigilancia o espionaje”¹⁸.

En definitiva, como señala la Comisión Andina de Juristas, apoyándose en diversas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, el derecho a la intimidad o a la vida privada *“involucra al conjunto de actos, situaciones o circunstancias que, por su carácter personalísimo, no se encuentran normalmente expuestos al dominio público. El derecho a la privacidad protege tanto la intimidad de la persona como la de su familia, y comprende la libertad del individuo para conducirse en determinados espacios y tiempo, libre de perturbaciones ocasionadas por terceros, así como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados. El derecho a la intimidad se proyecta en dos dimensiones: como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida la intimidad como secreto, atentan contra ella todas las divulgaciones ilegítimas de hechos relacionados con la vida privada o familiar, o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual, la intimidad 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”¹⁹.*

Conforme estableció el Tribunal Constitucional Español, en su sentencia STC 110/1984 del 26 de noviembre, *“la noción de intimidad parte de la idea originaria del respeto a la vida privada personal y familiar que debe quedar*

¹⁸ HINOSTROZA FORERO, Fernando: “El derecho a la intimidad”; en, *“Jurisdicción Constitucional de Colombia: La Corte Constitucional 1992 – 2000. Realidades y perspectivas”*, editado por la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Escuela Judicial y la Fundación Konrad Adenauer; Imprenta Nacional de Colombia (febrero 2001); Págs. 212-213.

¹⁹ Cf. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: “Protección de los derechos humanos: definiciones operativas”; Lima (1997); Pág. 182.

*excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado". Lo que se complementa al señalar "el derecho a la intimidad constitucionalmente garantizado por el art. 18° en relación con un área especial o funcional de la persona precisamente a favor de la salvaguarda de su privacidad, que ha de quedar inmune a las agresiones exteriores de otras personas o de la Administración Pública" (ATC 642/1986). O también cuando afirma que "los derechos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar, aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la **dignidad de la persona** que reconoce el art. 10° CE, y que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana" (STC 231/1988).*

Estas resoluciones confirman que la vulneración de la intimidad personal y familiar se produce por la sola **intromisión externa o perturbación** no autorizadas en las áreas privadas o reservadas (actos, hechos, hábitos, datos) que comprende, así como con la **divulgación de su contenido sin contar con el consentimiento** de su titular. Son estas acciones las que configuran la violación del derecho, **sin necesidad de que con ellas se produzca ningún daño o perjuicio adicional a la persona afectada, bastando la simple molestia ocasionada por la intromisión en la esfera íntima o privada, o por la comunicación no deseada ni autorizada a terceros de aspectos que forman parte de ésta y que su titular desea mantener en reserva.**

2.2. SU RECONOCIMIENTO EN LOS PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y EN LAS CONSTITUCIONES.

Es interesante puntualizar que el derecho a la intimidad y privacidad, o a la vida privada, encontró formalización normativa expresa (e individualizada) en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, antes que en las Constituciones más conocidas de los países desarrollados. Así, está recogida

en la **Declaración Universal de Derechos Humanos** (de 1948) cuyo artículo 12° establece: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*.

A su vez, la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, en su artículo V, dispone que *“toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”*. Por su parte, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (1966) establece en su artículo 17°:

1. *“Nadie 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 reputación.”*
2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*.

Un texto muy similar presenta la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (Pacto de San José) cuyo artículo 11° señala: *“Protección de la honra y de la dignidad: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*.

Por su parte, la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las libertades Fundamentales (aprobada en Roma en 1950) diferenció la regulación del derecho al honor y a la dignidad (art. 11°) del derecho a la intimidad y privacidad (art. 8°) aunque éste mantiene relación con los derechos a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.

También precisa los casos en que puede restringirse o afectarse este derecho. Señala el referido artículo 8°:

“8.1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

8.2. No puede haber injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo que esté prevista por la ley, y que constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, para la seguridad pública, para el bienestar económico del país, para la defensa del orden y para la prevención de las infracciones penales, para la protección de la salud o de la moral, o para la protección de los derechos y las libertades ajenas”.

En cuanto a las Constituciones europeas, la primera en recoger expresamente el derecho a la intimidad o privacidad fue la de **Portugal** de 1976, en cuyo artículo 33° se dispuso:

- 1. “Se reconoce a todos los derechos a la identidad personal, al buen nombre y reputación, a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar.*
- 2. La ley establecerá garantías efectivas contra la utilización abusiva o contraria a la dignidad humana de informaciones relativas a las personas y familias”.*

Posteriormente, con la **revisión de la Constitución Portuguesa** producida en 1982 y 1989, el derecho a la intimidad personal y de la vida privada quedó consignado en el reformado artículo 26.1, con el texto siguiente:

“Se reconoce a todos los derechos a la identidad personal, a la capacidad civil y a la ciudadanía, al buen nombre y reputación, a la imagen y a la palabra y a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar”.

Por su parte, la **Constitución de España** de 1978, en su artículo 18.1 señala que *“se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*.

En el ámbito Latinoamericano, la **Constitución de Chile de 1980**, en el inciso 4° del artículo 19°, asegura a todas las personas:

“El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia. La infracción de este precepto, 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 procedan”.

La **Constitución del Ecuador**, en su artículo 23°, señala que *“Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: (...) 8. El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona.*

La **Constitución de Colombia de 1991**, en su artículo 15°, establece:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho 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. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

La **Constitución del Paraguay** de 1992, dispone en su artículo 33° que:

“La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública.

Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas”.

Por su parte, la **Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, en el inciso 3° de su artículo 12°, señala expresamente que la Ciudad garantiza “*el derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana*”.

Finalmente, en la **Constitución de Venezuela** de fines de 1999, el artículo 60° dispone:

“Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Como se puede apreciar, resulta bastante frecuente que la mayoría de Constituciones regulen el derecho a la intimidad personal y familiar sin hacer referencia significativa a su contenido o alcances. Igualmente es bastante común que se le ubique en la misma norma conjuntamente con los derechos al honor, buena reputación, protección de los datos personales sensibles, a la propia imagen y voz, a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, comunicaciones y documentos privados; así como que se prevea la posibilidad de su vulneración a través del derecho a la libertad de expresión e información en los medios de comunicación social.

2.3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO.

Cabe resaltar que la primera referencia expresa en nuestros textos constitucionales al derecho a la vida privada y a su protección, aparece en el **artículo 20° de la Constitución de 1867**. Paradójicamente se trató de una Carta en extremo efímera, lo que no desmerece el avance -cuando menos en el plano teórico o conceptual- que la incorporación de una norma de este tipo representaba en aquel tiempo. El referido artículo contemplaba el conflicto entre el ejercicio de la llamada libertad de imprenta y el respeto de la vida privada, estableciendo un tratamiento diferenciado de la responsabilidad cuando se aludía a asuntos de interés general o de naturaleza personal. Así señalaba:

“Todos 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”.

Pero fue la **Constitución de 1979** la que recogió por primera vez, en el inciso 5° del art. 2°, el reconocimiento expreso de un derecho constitucional a la intimidad personal y familiar, aunque sin hacer ninguna referencia concreta a sus alcances o contenido. Señala que toda persona tiene derecho:

“Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de la responsabilidad de ley”.

La **nueva Constitución de 1993**, en el inciso 7° de su artículo 2°, reitera el reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar pero, a pesar de algunos añadidos incorporados al texto precedente, mantiene en la materia que nos ocupa la misma generalidad e imprecisión antes anotadas. Establece dicha norma como derecho de toda persona:

“Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

Cabe señalar que el debate constituyente que dio lugar a la Carta Peruana de 1993, no supuso mayor avance en torno a la precisión de los alcances y el contenido concreto del derecho a la intimidad y a la vida privada. Por ello, en busca de mayor precisión al respecto en nuestro derecho positivo, resulta necesario acudir al Código Civil de 1984, cuyo artículo 14° establece:

“La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”.

Como puede apreciarse, esta norma del Código Civil tampoco contiene mayor aporte sustantivo en cuanto a la delimitación del contenido y alcances del derecho a la intimidad y a la vida privada; tan sólo explicita la necesidad de que se cuente con el consentimiento del titular para la divulgación (o puesta de manifiesto a terceros) de aspectos propios de este derecho, omisión que conlleva la violación del mismo. Coincidimos con Morales Godo cuando advierte que se debe evitar una interpretación restrictiva de este precepto, pues su texto expresamente protege frente a la divulgación no consentida de ámbitos de la vida privada e intimidad²⁰. Así, se correría el riesgo de poder dejar sin protección (lo cual resultaría absurdo e inconsistente) frente a actos de intrusión, intromisión, observación, vigilancia o captación, por parte de agentes estatales o particulares, que igualmente perturban y vulneran el ejercicio y disfrute del derecho a la intimidad y a la vida privada, aunque no conduzcan ni culminen en una difusión de tales hechos o informaciones a terceros.

Conforme nos recuerda Morales Godo, la definición del derecho a la intimidad o a la vida privada *“debe girar en torno a la protección de la esfera de nuestra existencia que la persona reserva para sí misma, libre de intromisiones, tanto de particulares como del Estado, así como el control de la información de esta faceta de nuestra vida”*²¹. Partiendo de los aportes de diversos autores, señala como elementos básicos de la definición del derecho a la vida privada e intimidad personal la preservación de la tranquilidad y soledad, la autonomía para obrar y decidir, así como el control de la información referida a aspectos de la vida privada que deben mantenerse en reserva²².

²⁰ MORALES GODO, JUAN: “El derecho a la vida privada ...”; obra citada; Pág. 305.

²¹ Ibídem: Págs. 107-108.

²² Ibídem: Págs. 110 a 115.

Más precisa que la norma civil comentada, resulta la protección que brinda a este derecho el Código Penal de 1991, cuyo Libro II, en el Título IV de Delitos contra la Libertad, contempla un Capítulo II sobre violación de la intimidad, que contempla como delitos (perseguidos por acción privada) las conductas ilícitas consignadas en los artículos siguientes:

“Art. 154°.- El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista.

Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa”.

Si bien la norma involucra una protección al derecho a la intimidad y la vida privada concurrentemente con el derecho a la propia voz e imagen, contempla diversos actos o modalidades a través de los que puede ejercitar su perturbación o vulneración. Y considera como agravantes el hecho que la captación indebida sea revelada o divulgada a terceros, más aún si se realiza a través de un medio de comunicación social. A su turno, el Art. 155° agrava la pena si la violación de este derecho es perpetrada por un funcionario o servidor público, actuando en el ejercicio de su cargo. Señala esta norma:

“Art. 155°.- Si el agente es funcionario o servidor público y, en ejercicio del cargo, comete el hecho previsto en el artículo 154°, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4”.

Por su parte, el artículo 156° tipifica, de manera específica, la violación del derecho a la intimidad personal o familiar realizada por quien tuvo ocasión de conocer tales hechos en virtud de los servicios o relación de trabajo que mantuvo con el afectado, sancionándose la infracción a un deber de lealtad y de resguardo a la confianza que resulta exigible en relaciones de este tipo. Establece esta norma:

“Art. 156°.- El que revela aspectos de la intimidad personal o familiar que conociera con motivo del trabajo que prestó al agraviado o a la persona o a la persona a quien éste se lo confió será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año”.

De modo que si bien no existe dentro de nuestro derecho positivo una delimitación precisa, uniforme o exhaustiva del conjunto de aspectos involucrados o incluidos dentro del contenido del derecho a la intimidad y a la vida privada, se acepta ampliamente que comprenda aspectos vinculados con la sexualidad, incluyendo la vida conyugal, la procreación; las relaciones sentimentales, las relaciones paterno-filiales y familiares; la salud y enfermedades, la muerte; los recuerdos personales, los hechos traumáticos, las preferencias y hábitos privados; las aficiones y temores.

Según esta enumeración, ciertamente no taxativa, conviene advertir (y admitir) que dentro de este **derecho se involucran hechos, aspectos, datos e informaciones tanto de tipo estrictamente íntimo (vinculados al ámbito interno de la vida personal o familiar) como otros que sin tener carácter íntimo igualmente son y deben ser objeto de privacidad y reserva** para garantizar la calidad de vida y la dignidad de la persona en una sociedad libre, democrática y civilizada.

2.4. ALGUNOS TEMAS CONTROVERTIDOS ACERCA DEL CONTENIDO Y ALCANCES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA VIDA PRIVADA.

El hecho que muchos textos constitucionales (incluido el peruano) y pactos internacionales se ocupen del derecho a la intimidad y a la vida privada, de manera enunciativa y genérica, simultáneamente y sin mayor diferenciación con otros derechos de la personalidad como el honor y reputación, la utilización de la imagen o la voz, obliga a delimitar el contenido, alcances y características de cada uno de éstos a fin de evitar confusiones o identificaciones erróneas.

De un lado, porque algunas veces una misma conducta o acto -tal como la publicación de una información en un medio de comunicación social, por ejemplo- puede ocasionar la violación de varios de estos derechos, pero en cada caso de forma específica y distinta. De otro lado, porque la legislación o jurisprudencia de países como los Estados Unidos, en la noción de “privacy” (que suele equipararse a la de intimidad o vida privada) involucra a todos estos derechos; mientras que en otros ordenamientos jurídicos, como el nuestro, se trata de derechos autónomos y diferenciables.

2.4.1. Intimidad personal y derecho a la utilización de la propia imagen y voz.

El derecho a la propia imagen y voz protege la disposición de la persona de su figura corporal y fisonomía o de su voz, ante la posibilidad de verse afectadas mediante la captación o difusión no autorizadas de fotografías, videos, grabaciones o filmaciones. Como señaló el Tribunal Supremo Español, en la sentencia del 11 de abril de 1987, el contenido de este derecho supone: *“la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción, y que, en tal sentido, puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra desconocidos sujetos”*²³.

²³ BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA: “El derecho fundamental al Honor”; TECNOS, Madrid (1992); Pág. 24.

Si bien tanto la vulneración de los derechos a la propia imagen y voz como a la intimidad personal se producen por una interferencia no autorizada ni consentida de terceros, sea mediante la captación y difusión de la fisonomía personal, en un caso, o la intrusión y divulgación en aspectos privados o reservados, en otro, respectivamente; los bienes jurídicos concretos protegidos en ambos derechos son diferentes. Como ya se ha indicado, el derecho a la propia imagen protege la disposición de la persona de su propia figura corporal; en cambio, la intimidad o vida privada protege hechos, hábitos o situaciones que se producen en una esfera reservada y que desean preservarse fuera de la injerencia, interferencia o del conocimiento público.

En el caso de España, la norma constitucional que se ocupa de este tema, y la legislación que la desarrolla, dan también este tratamiento conjunto a los derechos a la imagen y voz, intimidad personal, honor y reputación, lo que podría propiciar la confusión e indefinición antes descrita. Sin embargo, como señala María Luisa Balaguer²⁴, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo STS del 11 de abril de 1987, se precisó el contenido del derecho a la imagen y la voz como: *“la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción, y que en tal sentido puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra desconocidos sujetos”*.

Sin embargo, existen situaciones donde concurren la violación de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, debido al ejercicio de la actividad informativa de los medios de comunicación. Un importante caso de este tipo se presentó en la Argentina, en la causa “Ponzetti de Balbín Indalia y otro contra Editorial Atlántida SA”, debido a la publicación en la carátula de la revista “Gente y la actualidad” (del 10-9-81) de la fotografía del destacado líder político doctor Ricardo Balbín, mientras agonizaba en la sala de terapia intensiva de una clínica, instantes antes de su muerte. La

sentencia de la Suprema Corte, dictada en 1984, condenó esta conducta y realizó aportes de interpretación (ante la ausencia de normas constitucionales directamente protectivas de la intimidad personal) para sustentar la garantía de exclusión de injerencia externa para asegurar, en ciertas situaciones sensibles y privadas, los derechos a la intimidad personal y a la difusión de la propia imagen²⁵.

Otro caso interesante en este campo fue analizado por el Tribunal Constitucional español²⁶, a raíz de la acción promovida por la viuda de Francisco Rivera “Paquirri”, fallecido a consecuencia de las heridas que sufrió el torero al ser cogido por un toro en la Plaza de Pozoblanco. Se cuestionaban las imágenes transmitidas por la televisión desde la enfermería de la plaza, donde se observaba al herido en los dramáticos momentos previos a su muerte, así como la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar que ello suponía. La sentencia del Tribunal Constitucional (231/1988) estableció que:

“La demanda se centra en el carácter privado que tenía el lugar donde se recogieron determinadas escenas mediante una cámara de video -la enfermería de la plaza de toros- y el carácter íntimo de los momentos en que una persona se debate entre la vida y la muerte, parcela que debe ser respetada por los demás. Y viene a mantenerse que esa intimidad no sólo es propia del directamente afectado, sino que, por su repercusión moral, es también un derecho de sus familiares. Pues bien, en estos términos, debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las cuales se guarda una especial y estrecha vinculación,

²⁴ BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA: “El derecho fundamental al Honor”; TECNOS, Madrid (1992); Pág. 24.0

²⁵ Cf. SÁEZ CAPEL, JOSÉ: “El derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas”; DIN Editora; Buenos Aires (1999); Págs. 39 a 42.

²⁶ La mayoría de sentencias del Tribunal Constitucional Español que se comentan en este punto, se han tomado de la obra “Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión”; de FERNANDO HERRERO-TEJEDOR; COLEX; Madrid (1998); Págs. 35 a 68.

como es la familiar, aspecto que, por la relación o vínculo con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18° CE protegen (...)

Se trata de los momentos en que D. Francisco Rivera es introducido en la enfermería y examinado por los médicos; en esas imágenes 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 las imágenes de sus ademanes y rostro, y que muestra ciertamente la entereza del diestro, pero también el dolor y postración causados por las lesiones recibidas. Se trata pues de imágenes de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido, no sólo por la situación que reflejan en ese momento, sino también puesta en relación con el hecho que las heridas y lesiones que allí se muestran causaron, en muy breve plazo, la muerte del torero. No cabe pues dudar que las imágenes en cuestión, y según lo arriba dicho, inciden en la intimidad personal y familiar de la hoy recurrente, entonces esposa y hoy viuda del desaparecido señor Rivera”

Debe destacarse que este fallo del Tribunal Constitucional Español permite reafirmar que las circunstancias que rodean el grave estado de salud de una persona y los momentos previos a su muerte forman parte de la intimidad personal, por lo que no pueden ser divulgados a pesar de que pueda tratarse de un personaje notorio o del interés noticioso o informativo que motive tal suceso. Igualmente que estas situaciones vulneran la intimidad familiar, antes y después del fallecimiento del afectado, por lo que su difusión no autorizada violenta la privacidad y reserva que merecen el titular y sus familiares en respeto al dolor y quebrantamiento que experimentan. Lo mismo cabe afirmar de la captación y difusión no consentida de la imagen de la víctima en dicho trance.

2.4.2. Intimidación personal y veracidad de la información difundida.

Sabemos que el **derecho al honor** protege la valoración personal o autoestima de la propia dignidad, condición y prestigio; mientras que la **reputación** se refiere al juicio valorativo, apreciación o percepción social que se tiene de la conducta o cualidades (personales, profesionales, morales) de una persona por parte de los demás. Por ello la vulneración a este derecho se produce si se atribuyen o difunden informaciones o afirmaciones que indebidamente menoscaban o dañan la valoración o consideración social de una persona, con mayor razón si tales imputaciones carecen de veracidad. De allí que resulten esenciales, para la configuración de una afectación a este derecho, la producción de un daño o perjuicio en la reputación y merma de la consideración social de la persona, pero que también se admite la “exceptio veritatis” como supuesto eximente de responsabilidad, es decir, que si se prueba que las afirmaciones o informaciones vertidas son verdaderas, no habrá sanción para el autor de las mismas.

La situación es muy distinta tratándose del **derecho a la intimidad y vida privada**, pues la afectación a este derecho se produce con la sola intromisión, intrusión y divulgación de hechos, que perturba su reserva y privacidad y que se producen sin el consentimiento del titular. No se requiere que esta conducta conlleve ningún daño o perjuicio adicional a la mera molestia; incluso existirá violación del derecho (y obligación de reparación) si la difusión de la información genera un “beneficio” en la reputación o popularidad de la persona a que se refiere, en vez de una merma o menoscabo en éstas, ni siquiera si se alega haber obrado de buena fe. Tampoco se admite que el autor de la agresión invoque la veracidad de la información difundida como eximente de responsabilidad, aunque ello sea realmente cierto, pues la exceptio veritatis no procede en un derecho cuya protección se refiere a una reserva o privacidad que resultan objetivamente vulneradas con la mera intromisión no autorizada.

Con particular claridad, el Tribunal Constitucional Español (en la sentencia 172/1990) reafirma que el **requisito de la veracidad de la**

información es un factor esencial al vincularlo con la afectación del derecho al honor y a la buena reputación, pero que en el caso del derecho a la intimidad ello no basta por sí solo para eximir de responsabilidad por la intromisión en hechos reservados y su difusión. Sostiene así el Tribunal Constitucional:

“Merece distinto tratamiento el requisito de la veracidad, según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que mientras la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de la intromisión en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio, en sentido diverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre que se informa(...).

De ello se deriva que la legitimidad de la intromisión en el honor e intimidad personal requiere, no sólo que la información cumpla la condición de la veracidad sino que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto a que se refiere, puesto que, de otra forma, el derecho a la información se convertiría en una cobertura formal para, excediendo del discurso político en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y abusar del 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.

El efecto legitimador del derecho a la información que se deriva de su valor preferente requiere, por consiguiente, no sólo que la información sea veraz -requisito necesario directamente exigido por la propia Constitución, pero no suficiente- sino que la información tenga relevancia pública, lo cual conlleva que la información veraz que carece de ella no prevalece sobre el derecho al honor o a la intimidad”.

Conviene recalcar pues que la vulneración del derecho a la intimidad se produce con la sola divulgación de un hecho o información de naturaleza reservada, sin importar ni ser eximente de responsabilidad la veracidad de tal información. Así se explicitó en un caso resuelto por la justicia argentina, donde un medio de comunicación informó del fallecimiento de una persona a causa del SIDA. El tribunal señaló que no importaba que tal hecho sea cierto o que pudiera ser previamente conocido por algunas personas, pues la revelación de la identidad de la persona del fallecido y de la enfermedad que padecía, violan la intimidad y reserva que deben rodear a los datos de la salud y al acto de la muerte de una persona, así como a la privacidad de sus familiares. Sostiene dicha sentencia que:

“Si bien la enfermedad del difunto -SIDA- era de conocimiento público antes de que apareciera la noticia en el medio periodístico demandado, en virtud de tratarse de un habitante de una pequeña ciudad del interior donde las noticias de la índole que nos ocupa suelen saberse en forma más o menos generalizada, no todos tenían que saber que precisamente se trataba de la persona del fallecido, cosa ésta que si sucedió a partir de que el medio informativo brindara nombre, lugar y hora del fallecimiento, profesión y otras circunstancias del caso, todo ello con letras destacadas en un lugar prominente al pie de la primera página, por lo que ha violado el derecho a la intimidad, en el que se halla inserto el del anonimato, y ha lesionado los sentimientos de los actores, en el caso su concubina e hijos, por lo que debe responder...”²⁷

Podemos concluir que el tipo de bienes protegidos y los aspectos que configuran la vulneración de los derechos a la intimidad personal y vida privada y el derecho al honor y buena reputación son diferentes. Ello no obsta, sin embargo, para que puedan darse casos donde se violen simultánea o concurrentemente ambos derechos, lo que ocurrirá si la difusión de hechos o

²⁷ Fallo de la Cámara Civil y Comercial de Mercedes, Sala III, 6 de mayo de 1997; caso F.N.N. y otros contra Semanario Reseña y otro; recogido en PIERINI, LORENCES y TORNABENE; cobra citada; Págs. 246-247.

aspectos propios de la intimidad, acarrea además un daño en la reputación y consideración social del afectado²⁸.

2.4.3. Intimidad personal y libertad de información sobre personajes públicos o notorios

A menudo se plantean conflictos entre la preservación del derecho a la intimidad personal y el derecho a la libertad de información cuando se trata de personajes públicos o de personas que gozan de notoriedad o popularidad. Y es que se acepta que los límites de la intimidad y privacidad varían o no tienen “igual extensión” según que se trate de personas “comunes” o de quienes -en atención a la función, labor o actividad que desarrollan- gozan de notoriedad pública, fama o popularidad. Ello determina que la protección frente a la injerencia externa o ante la divulgación de aspectos habitualmente considerados íntimos o privados, será diferente según el rol social o el carácter de la persona involucrada, sin que esto se considere como una forma de discriminación.

Es así que tratándose de personajes “públicos” o “notorios” ciertos hechos, situaciones o hábitos que normalmente se asumen como reservados y protegidos por el derecho a la intimidad, puedan ser válidamente objeto de divulgación sin consentimiento del titular, en consideración a las implicancias que de ellos se derivan o por el interés de la colectividad en conocerlos, obviamente por razones que trascienden la mera curiosidad o el sensacionalismo informativo. Así, por ejemplo, el hábito privado del consumo de alcohol o drogas de una persona forma parte de su intimidad, situación que, creemos, no sería aplicable a un deportista profesional o al piloto de un avión de pasajeros o de un tren, en atención a la actividad que desempeñan. Igualmente, podría sostenerse que la reserva que debe guardarse respecto de la conducta sexual o relaciones sentimentales de una persona, podría ameritar

²⁸ Cf. BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA: obra citada; 33 pág.

ser quebrantada e informada si se trata de situaciones de este tipo relacionadas con la actuación de un sacerdote católico.

Lo anterior no quiere decir que los personajes públicos, notorios o populares, o quienes ejerzan funciones de relevancia social, carezcan de intimidad o privacidad personal y familiar, ni que todos los hechos o actos que les conciernan puedan y deban ser divulgados o que su conocimiento sea de legítimo interés general. **La prevalencia del derecho a la información y difusión del hecho, en desmedro de su carácter normalmente íntimo o privado, sólo resultará justificado cuando tenga directa vinculación o incidencia en las funciones, responsabilidad y actividades que desempeña la persona afectada, así como en el interés público del conocimiento de tales hechos o datos por parte de la comunidad.** En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Español al señalar:

“Las personas que por razón de su actividad profesional, como aquí sucede, son conocidas por la mayoría de la sociedad, han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares, pero ello no puede ser entendido tan radicalmente en el sentido de que el personaje público acepte libremente “el riesgo de lesión de la intimidad que implica la condición de figura pública”. Que estos derechos se flexibilicen en ciertos supuestos es una cosa, y otra bien distinta es que se admita cualquier información sobre hechos que les conciernen, guarden o no relación con su actividad profesional, cuenten o no con su conformidad, presenten ya sea relevancia pública que la legitime plenamente y dote de una especial protección. No toda información que se refiera a una persona con notoriedad pública, goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afectan a la intimidad por restringida que ésta sea” (sentencia 197/1991).

Similar criterio fue asumido por la Corte Constitucional de Colombia, con motivo de la acción de tutela (T-611/92) promovida contra la información periodística difundida a raíz de la muerte de un popular cantante. Conforme comentan Botero, Jaramillo y Uprimny, la Corte reafirmó la prevalencia de la intimidad ante el pedido de la viuda del cantante, en su nombre y en el de sus hijas, que consideró violatorio de su intimidad revelar ciertos datos de la vida sentimental del artista, entendiendo que ésta garantizaba que los eventos acaecidos en el ámbito privado de la actora y de su familia no puedan ser objeto de dominio público. Agregan estos autores que la Corte confirió en el caso la prelación de la protección de la intimidad sobre la libertad de información, fundándose en la doctrina desarrollada a partir de la sentencia T-411/92. Según la Corte, si bien la noticia interesaba a la comunidad, no podía la prensa invadir la órbita privada de las personas, ni ingresar al ámbito hogareño, salvo consentimiento expreso de los protagonistas, por lo cual, había existido una violación al derecho *“que tiene la familia a tramitar los asuntos que sólo a ella incumben, libre del asedio periodístico y del comentario público.”* Y esta prevalencia de la intimidad se mantenía, a pesar de que se trataba de un conocido cantante, pues la restricción de la vida privada de las personas *“con notoriedad pública, no puede ser absoluta, ya que ni ellas ni sus familias pueden renunciar ni los medios de comunicación están legitimados para exigirles que renuncien in abstracto a la garantía que les ofrece, en consideración a su dignidad, la Carta Política”*.²⁹

Otro aspecto a dilucidar, es si los actos o hechos protegidos por la reserva de la intimidad o privacidad están supeditados necesariamente a su realización en lugares o escenarios privados, como el domicilio personal o familiar; o si, también, podrán tener similar carácter a pesar de verificarse en lugares públicos, tales como calles, plazas, restaurantes o locales donde no existen restricciones para el ingreso del público. **Obviamente el principio es que aquello que está vinculado a la intimidad se desarrolla en lugares privados y exentos del acceso de extraños, pero debe admitirse que**

²⁹ BOTERO MARINO, CAROLINA; JARAMILLO, JUAN FERNANDO; UPRIMNY YEPES, RODRIGO: “Libertad de información, democracia y control judicial: La jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada”; informe (2003); pág. 12.

ciertos hechos deben conservar reserva y privacidad, y no ser divulgados, a pesar de verificarse en “lugares públicos”. Así, por ejemplo, la situación traumática emocional que pueda experimentar una persona víctima de un accidente o de un asalto en la calle, o el dolor de los deudos en el sepelio de un familiar en el cementerio, no deben perder la consideración de hechos protegidos por la reserva e intimidad, a pesar de verificarse ante terceros y en lugares de acceso público.

Cabría preguntarse si una afirmación como la anterior se mantendría tratándose de personajes notorios o de amplia popularidad. La respuesta creemos que debe ser, en principio, afirmativa; aunque siempre se impondrá ponderar si el interés público en la divulgación o información del hecho resulta prevaleciente sobre la preservación de la reserva o privacidad del suceso. Deberá también considerarse si la conducta de la persona en el lugar público se orienta a mantener la privacidad de los actos o si -en cambio- supone un consentimiento a su comunicación; incluso si tal consentimiento resulta necesario atendiendo a la naturaleza del acto y a la vinculación o incidencia del hecho con la función o actividad propias de esta persona notoria o popular.

2.4.4. Otros casos de afectación de la intimidad personal.

Diversos fallos del Tribunal Constitucional Español han ratificado la reserva que debe mantenerse sobre **aspectos vinculados a la salud o informes médicos**, por considerárseles involucrados dentro de la intimidad personal y su protección. Así, cabe mencionar lo dispuesto en la sentencia 207/1996, cuando establece:

“Esto es lo que ocurre (violación a la intimidad personal) cuando, como en el caso presente, y a través del análisis del cabello se pretende averiguar si el imputado en un proceso penal es consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y el tiempo desde que lo pudiera ser, pues, con independencia de la relevancia que ello pueda tener a los fines de la investigación penal y, por tanto, de su posible

justificación (que se examinará posteriormente) no cabe por menos que admitir que la pericia acordada en unos términos objetivos y temporales tan amplios supone una intromisión en la vida privada de la persona a la que pertenece, sin duda, el hecho de haber consumido en algún momento algún género de drogas, conducta que, si bien en nuestro ordenamiento es en sí misma impune, ello no obstante, el conocimiento por la sociedad de que un ciudadano es consumidor habitual de drogas provoca un juicio de valor social de reproche que lo hace desmerecer ante la comunidad, por lo que la publicidad del resultado pericial afectaría el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal".

En esta dirección se orienta también la sentencia 20/1992 del citado Tribunal, que dispone:

"La identificación periodística, indirecta pero inequívoca, de una determinada persona como afectada por el SIDA deparaba, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un daño moral (y también económico, como luego se demostró) a quienes así se vieron señalados como afectados por una enfermedad cuyas causas y vías de propagación han generado y generan una alarma social con frecuencia acompañada de reacciones, tan reprobables como desgraciadamente reales, de marginación para muchas de sus víctimas. Y también es notorio, que la identificación de las personas así supuestamente afectadas por tal enfermedad fue, en el sentido más propio de las palabras, irrelevante a efectos de la información que se quiso transmitir, pues si ninguna duda hay en orden a la conveniencia de que la comunidad sea informada del origen y la evolución, en todos los órdenes, de un determinado mal, no cabe decir lo mismo en cuanto a la individualización, directa o indirecta, de quienes lo padecen, o así se dice, en tanto ellos mismos no hayan permitido o facilitado tal conocimiento general. Tal información no es ya de interés público, y no lo fue aquí, con la consecuencia ya clara, de que su difusión comportó

un daño o, cuando menos, una perturbación injustificada por carente, en rigor, de todo sentido”.

Ciertamente cuando el titular del derecho a la intimidad o privacidad divulga o pone al descubierto hechos que forman parte de ésta, confiere una forma de **consentimiento** que autoriza a la difusión de tales informaciones sin infringir tal derecho. Similar situación se produciría si se trata de **informaciones ya conocidas por divulgación del propio interesado** y cuyo esclarecimiento ulterior genera interés público y noticioso.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Español cuidó de precisar que, aun bajo estos supuestos, subsiste la obligación de no develar la reserva de aspectos que, aunque puedan ser verdaderos y estar relacionados con el tema divulgado, no hayan sido revelados por el titular del derecho a la intimidad. Así, en la sentencia 197/1991, abordó el caso suscitado a raíz de la información proporcionada (en una conferencia de prensa) por los padres adoptivos de un menor, con relación a las circunstancias de su adopción. No obstante, un medio de prensa verificó que se había falseado cierta información sobre los antecedentes de la madre natural, datos que luego difundió. Al respecto, el mencionado Tribunal señaló:

“Más allá de los 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 los padres adoptivos en relación con otras circunstancias de la adopción no reveladas, y que, por su propia naturaleza, han de considerarse que pertenecen a la esfera de lo privado y de 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 intimidad.

La noticia publicada ha ido más allá del simple salir al paso de la información falseada dada a publicidad por los padres del menor, y extralimitándose en el ejercicio del derecho a la información, ha incluido indebidamente datos y pormenores personales, estrictamente privados, y pertenecientes a la esfera de la intimidad, que además por su concreto contenido pueden ser ofensivos o al menos molestos para una persona razonable y de sensibilidad media, constitutiva de una violación del derecho a la intimidad personal y familiar de los afectados por la noticia”.

Otro caso interesante está referido a la **consideración del equipaje de una persona como parte de su intimidad**, por lo que -en principio- no cabría su revisión y registro sin el consentimiento del titular, salvo razones atendibles que lo justifiquen. El punto fue analizado por el Tribunal Constitucional Español, a raíz de la acción promovida por una persona que fue internada en un hospital luego de sufrir un accidente automovilístico, cuestionando que sus pertenencias fueran revisadas, sin su autorización o conocimiento, por el personal de seguridad del establecimiento, que trajo como resultado el hallazgo de drogas. Dicho órgano (en la sentencia 201/1994) sostuvo que las pertenencias que conforman el equipaje que una persona transporta con motivo de un viaje forman parte de su intimidad, pero que este derecho no es absoluto y admite la revisión de tales enseres por las autoridades en los casos previstos por la ley o cuando tal verificación responde a motivos de interés público. Por ello afirmó:

“La intromisión en la intimidad de los recurrentes, producida por el registro no consentida de sus equipajes, si bien no fue llevada a cabo por agentes encargados de velar por la seguridad pública, si lo fue, sin embargo, por agentes privados encargados de garantizar la seguridad del hospital en el que fueron internados los recurrentes por motivo del accidente de circulación que sufrieron, obedeciendo con ello a una práctica muy extendida en supuestos de ingresos hospitalarios, con la

doble finalidad de proceder al necesario control e inventario de las pertenencias de los pacientes a efectos de evitar eventuales reclamaciones indebidas por parte de éstos y de evitar la introducción en el centro de objetos que pudieran entrañar un peligro para la seguridad del mismo.

En tales circunstancias, no puede afirmarse que el registro practicado en el equipaje del señor Z.O. por los guardias encargados de la seguridad del hospital al que fueron conducidos los recurrentes, a raíz del cual se encontró en el mismo una cierta cantidad de hachis, constituyera una intromisión ilegítima en la intromisión de su propietario”.

No deja de suscitar interés el caso en que una persona voluntariamente revela, sea en una **entrevista periodística, en un libro o en sus “memorias”**, detalles que conciernen a su intimidad, tales como el señalamiento de sus experiencias sexuales -heterosexuales y homosexuales- pero divulgando la identidad de las personas con que éstas se produjeron; o confiesa su hábito de consumir drogas, mencionando a las personas con quienes ha compartido esta actividad. Consideramos que si bien una persona es libre de difundir los aspectos comprendidos en su propia intimidad, el hecho de que se trate de experiencias vividas por ella no le confiere el derecho de revelar la identidad de las otras personas involucradas, a menos que se cuente con el consentimiento de éstas, pues -de lo contrario- estaría incurriendo en una violación de la intimidad de dichas personas y también -de ser el caso- de su honor y reputación.

2.5. LOS RIESGOS DE UNA VIRTUAL INDEFENSIÓN, EN EL ÁMBITO DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO, DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y A LA VIDA PRIVADA

Los pactos internacionales sobre derechos humanos y la Constitución Peruana (en el inciso 7° de su artículo 2°) protegen expresamente el derecho a la intimidad personal y familiar. La **acción de amparo** es el proceso

constitucional o garantía estatuido para su defensa, que procede (según el inciso 2° del artículo 200° de la Constitución) contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace los (demás) derechos reconocidos por la Constitución, excepto la libertad personal y derechos conexos que son protegidos por el hábeas corpus.

Pero debe tenerse presente que las acciones de amparo y hábeas corpus tienen por finalidad restablecer las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho, por lo que resultan improcedentes (según dispone el inciso 1° del art. 6° de la ley N° 23506) *“en caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación de ha convertido en irreparable”*. **Dado que la vulneración del derecho a la intimidad y a la vida privada se produce automáticamente con la sola injerencia externa o divulgación no autorizadas en aspectos que pertenecen a este ámbito reservado, cuyo titular desea mantener fuera del conocimiento de los demás, una vez que los terceros toman conocimiento de los hechos de carácter íntimo o privado ya no hay forma de recuperar la reserva quebrantada y la agresión devendría en “irreparable” desde el punto de vista estrictamente constitucional, por lo que resultaría ineficaz la acción de amparo.**

La procedencia y eficacia del **amparo** quedarían entonces circunscritas únicamente a dos posibilidades: Un uso **“preventivo”**, de interponerse ante la amenaza de intromisión o divulgación de aspectos propios de la intimidad, para impedir que la agresión se consume; es decir, anticiparse a que ésta se produzca y evitar que los hechos “salgan” de la esfera reservada; o, una finalidad **“correctiva”**, cuando la vulneración ya se produjo y la acción pretende evitar que esta situación continúe produciéndose o que se reitere la difusión de los hechos.

Fácilmente puede suponerse la inmensa dificultad de detectar, con suficiente antelación, una inminente amenaza a este derecho o, incluso, en caso de poder prevenirla oportunamente, subsiste la complejidad adicional de lograr una medida judicial de tal celeridad que se adelante a la perpetración de

la agresión. Esta situación explicaría grandemente la virtual inexistencia de acciones de amparo en este campo entre nosotros, tanto porque sólo tendrían potencial eficacia si se interponen preventivamente como porque este proceso constitucional no está previsto para contemplar el reclamo de una indemnización reparadora. De allí que una vez producida la vulneración, habría que descartar la vía constitucional como instancia apropiada para la protección del derecho o su reparación patrimonial; sólo procedería reclamar una reparación en la vía civil por el daño sufrido o la sanción penal correspondiente.

Pero a estas limitaciones prácticas para la eficacia de un proceso constitucional de protección de la intimidad personal y la vida privada, cabe agregar un obstáculo normativo y jurisprudencial mucho mayor. En efecto, como señalamos en el Capítulo I, el inciso 2° del artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos garantiza el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información **sin estar sujetos a censura previa sino a responsabilidad ulterior**; a su vez, el inciso 4° del artículo 2° de nuestra Constitución, señala también que el ejercicio de este derecho se realiza **“sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”**.

De allí que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que distinguidos especialistas latinoamericanos, sostienen que **no cabe que un juez dicte una medida que implique la prohibición o suspensión de difusión de una información ni siquiera en salvaguarda de la intimidad personal, pues esto supondría una forma de censura previa totalmente prohibida por la Convención, que sólo admite la responsabilidad ulterior. De aceptarse este criterio como regla, tampoco sería posible la procedencia de una acción de amparo preventiva o correctiva, pues la medida cautelar o sentencia favorable dispuestas por el juez, en el sentido de impedir la difusión o reiteración de informaciones que vulneran indebidamente la intimidad personal o familiar, supondría una forma de “censura previa”**.

Conforme venimos sosteniendo desde hace mucho tiempo, **no puede adoptarse como regla rígida un criterio cuya consecuencia directa sería la absoluta imposibilidad real de proteger -por la vía constitucional- el derecho a la intimidad personal y a la vida privada cuando sea injustificadamente violentado en nombre del ejercicio de la libertad de información, pues la acción de amparo devendría improcedente o ineficaz en todas sus posibles modalidades** (reparadora, preventiva, correctiva) quedando así totalmente desprotegido un derecho consagrado por la propia Constitución.

Coincidimos por ello con Morales Godo³⁰ cuando rechaza las posiciones extremas que, indistintamente, plantean sea la prevalencia, en todos los casos, de la libertad de información o de la intimidad personal. **Proponemos, más bien, la necesidad de que la solución del conflicto generado por la colisión entre ambos derechos se resuelva 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.**

Creemos, eso sí, que **en principio debe existir una orientación general en favor del predominio de la libertad de información, utilizándose la prohibición judicial de difusión de informaciones en defensa de la intimidad personal en forma excepcional**, cuando se constate que se trata de aspectos reservados en los que no existe legítimo interés público en su divulgación ni conocimiento. Bajo tal supuesto, la resolución judicial que se expida -asumiendo este carácter excepcional y en el marco de un debido proceso- para suspender o prohibir la difusión de una información debe considerarse como una medida legítima de protección de un derecho constitucional como la intimidad personal y la vida privada, antes que como un acto equiparable con la censura previa de informaciones, aspecto que si está

³⁰ Cf. MORALES GODO, JUAN: "El derecho a la vida privada..."; obra citada, págs. 149 a 153, en especial la Pág. 151.

justificadamente excluido por la Convención Americana de Derechos Humanos y por nuestra Constitución.



CAPÍTULO III

LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y SU COLISIÓN CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD: LOS CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA

Precisamente porque las libertades de expresión e información son garantía de la democracia y de un régimen político pluralista, estos derechos son sistemáticamente vulnerados durante regímenes dictatoriales o autoritarios. Sin perjuicio de este carácter “institucional” de las libertades de expresión e información en un régimen político, a menudo su ejercicio puede entrar también en colisión con otros derechos fundamentales de las personas, como la reputación, la intimidad o la propia imagen.

Este conflicto entre dichos derechos fundamentales se acentúa cuando en un país ganan terreno la proliferación de medios de prensa de corte sensacionalista o “amarillista”, o el desarrollo de prácticas informativas o noticiosas poco escrupulosas en el respeto de la veracidad, la responsabilidad periodística o de los derechos de las personas. Suelen generarse entonces controversias que deben ser sometidas al órgano jurisdiccional, para que éste realice la ponderación de los derechos en conflicto y determine cuál debe ser protegido o preferido. En el Perú, sin embargo, por diversas razones no fue frecuente ni significativo que se entablen procesos judiciales, de naturaleza constitucional, donde se debata el ejercicio de la libertad de expresión e información o su colisión con otros derechos. De allí que resulte importante el surgimiento reciente de diversos casos resueltos por nuestro Tribunal Constitucional donde se dilucidan este tipo de conflictos.

3.1. LA (NECESARIA) DISTINCIÓN ENTRE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN: LA EXIGENCIA DE VERACIDAD EN LA ACTIVIDAD INFORMATIVA

Como ya hemos señalado, la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José, recoge una dimensión amplia e integral del derecho a las libertades de expresión e información en su artículo 13° numeral 1, bajo el epígrafe de *“libertad de pensamiento y de expresión”*. En él se establece:

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

A pesar del indudable avance que implica esta dimensión integral del derecho a las libertades de expresión e información, resulta pertinente establecer alguna precisión conceptual que delimite y, de alguna manera, distinga el contenido y alcances específicos de ambas libertades. Un referente normativo en este campo lo encontramos en la vigente Constitución Española, cuyo artículo 20.1 se ocupa en el inciso a) de la libertad de expresión, entendida como el derecho *“a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”*; mientras que en el inciso c) del mismo precepto constitucional se refiere a la libertad de información, que comprende el derecho *“a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión...”*.

Nuestro Tribunal Constitucional, con motivo del amparo interpuesto por la Caja de Ahorro y Crédito de San Martín contra la emisora Radio Imagen y dos de sus periodistas (Exp. N° 0905-2001-AA/TC) expidió una sentencia donde se

clarifica la distinción entre el contenido específico de las libertades de expresión e información, señalando:

“La libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones (...) la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13º de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente (...)

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

El efecto concreto más relevante de esta distinción entre los alcances, límites y responsabilidades de cada una de estas libertades, es pues que la **libertad de expresión, por implicar la difusión de pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, tiene un contenido claramente subjetivo que no está sujeto a un requisito de veracidad**, pudiendo contener apreciaciones que se consideren discutibles o erradas. Pero esta ausencia de exigencia de veracidad no supone que carezca de límites, que están constituidos por el respeto a los derechos a la dignidad, honor, reputación, intimidad o imagen de las personas; cuya trasgresión conlleva responsabilidad en los ámbitos constitucional, civil o penal. **La libertad de información, en cambio, por referirse a la**

comunicación de hechos, sucesos, noticias o datos, si está sometida a una exigencia de veracidad, en tanto tal información puede ser corroborada con mayor objetividad. La falta de veracidad habilita el ejercicio del derecho de rectificación, sin perjuicio de las responsabilidades que pudiera ocasionar la falsedad o inexactitud de la información difundida.

Cierto es que muchas veces el ejercicio de las libertades de expresión e información se da simultáneamente o puede confundirse, como sucede cuando se difunden hechos noticiosos que conllevan también opiniones o juicios valorativos de quien los emite. Pero ello no enerva la posibilidad de establecer alguna separación o diferenciación de la naturaleza de cada contenido, sobre todo para efectos de dilucidar el tipo de límites y eventual responsabilidad que les sería exigible. El Tribunal Constitucional, en la misma sentencia del caso promovido por la Caja de Ahorro y Crédito de San Martín, desarrolló el contenido de la libertad de información y resalta las dimensiones individual y colectiva o social de este derecho. Así puntualiza que:

“Las dimensiones de la libertad de información son: a) el derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información. b) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente. La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación. El objeto protegido, (...) es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces (...).”

Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen una doble vertiente. En primer lugar, una dimensión individual, pues se trata de un derecho que protege de que "[...] nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento" o de difundir hechos informativos. Pero, al mismo tiempo, ambas presentan una inevitable dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas a "recibir cualquier información y (a) conocer la expresión del pensamiento ajeno" a fin de formarse una opinión propia."

Más adelante, esta misma sentencia del Tribunal Constitucional busca delimitar los alcances del requisito de veracidad exigido al ejercicio de la libertad de información, precisando: *"el Tribunal Constitucional considera que el objeto de esta libertad no puede ser otro que la información veraz (...) la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes (...). Por ello es un deber profesional del informador el respetar y reflejar la verdad substancial de los hechos"*.

3.2. AFECTACIÓN DEL HONOR Y LA REPUTACIÓN, REQUISITO DE VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN Y RESPONSABILIDAD: LA DOCTRINA DE LA "REAL MALICIA"

La distinción más difundida entre los derechos al honor y a la buena reputación, radica en que el primero se refiere a la valoración personal o autoestima de la propia dignidad, condición y prestigio; mientras que el segundo se vincula al juicio valorativo, apreciación o percepción social que los demás o la comunidad tienen de la conducta o cualidades (personales, profesionales, morales) de una persona.

Por ello la vulneración a estos derechos se produce si se atribuyen o difunden informaciones o afirmaciones que indebidamente ofenden a una persona o menoscaban o dañan su consideración social, con mayor razón si tales imputaciones carecen de veracidad. De allí que resulten esenciales, para la configuración de una afectación a este derecho, la producción de un daño o perjuicio en la reputación y la merma de la valoración social de la persona. Pero también es frecuente que, en ciertos casos, se admita la denominada “*exceptio veritatis*” como supuesto eximente de responsabilidad, es decir, que si el medio de comunicación prueba que las afirmaciones o informaciones vertidas son verdaderas, no habrá sanción para el autor de las mismas.

Las vigentes Constituciones de España, Chile, Colombia y Venezuela, si bien brindan una protección genérica a las libertades de opinión y expresión, tratándose de la libertad de información ejercida por un medio de comunicación social le exigen explícitamente un **requisito de veracidad**, cuya transgresión conllevará responsabilidad y obligación de reparar para sus autores. Creemos que se trata de una diferenciación atendible pues, como ya hemos señalado, las opiniones y expresiones se refieren a ideas, juicios de valor o apreciaciones subjetivas, mientras que la información se vincula a hechos o situaciones, cuya existencia o veracidad podría constatarse o verificarse con mayor objetividad.

Tratándose de la determinación de los supuestos bajo los cuales procede la **responsabilidad de reparación o indemnización** por parte del medio de comunicación o de los autores de expresiones o informaciones que pudieran considerarse violatorias del honor o la reputación de las personas aludidas, un precedente de incidencia primordial se encuentra en los Estados Unidos, a raíz del caso “Sullivan vs New York Times” (1964), cuyo criterio ha sido luego asumido por los tribunales de otros países. El caso está referido a las informaciones acerca de la **actuación de funcionarios públicos**, en temas de interés general, cuando

éstos alegan haber sido afectados en su honor o reputación por imputaciones difamatorias e informaciones carentes de veracidad.

Este caso se originó cuando el New York Times, en 1960, publicó un artículo recogiendo la declaración de un conjunto de personalidades de la religión, política, ciencias y artes de los Estados Unidos, señalando los ultrajes padecidos por Martin Luther King así como los atropellos policiales sufridos en el campus del Alabama State College por los estudiantes negros que luchaban por sus derechos. El señor Sullivan, Supervisor de Asuntos Públicos y de Policía de Montgomery (Alabama) demandó al diario por difamación, acción también emprendida luego por otras autoridades. Luego se constató que la información periodística había adolecido de algunos errores y falsedades, lo que llevó a que el Tribunal de Circuito del Condado de Montgomery condenara al NYT a pagar una reparación de US\$ 500,000, decisión que fue confirmada por la Corte Suprema del Estado de Alabama. El diario recurrió ante la Suprema Corte de los Estados Unidos¹.

El Supremo Tribunal Federal, el 9 de marzo de 1964, revocó la sentencia y reenvió el caso a la Corte de Alabama. Consideró que la legislación de dicho Estado no resultaba compatible con la Constitución de los Estados Unidos, en tanto establecía que la única forma en que el demandado (el medio de comunicación informante) quedara exento de responsabilidad indemnizatoria era probando la total veracidad de los hechos informados, lo que estimaba contrario a la Primera Enmienda. Asimismo sostuvo que la “presunción” de malicia que se atribuía a las informaciones inexactas o a sus errores era inconstitucional. La Corte instituyó la regla de que cuando un funcionario público entable una acción reclamando indemnización por informaciones falsas y difamatorias relativas a su conducta oficial, sólo podría tener éxito si él mismo prueba que las afirmaciones que lo afectaban habían sido realizadas con “*real malicia*”, es decir, con claro

¹ Cf. BIANCHI, ENRIQUE TOMÁS y GULLCO, HERNÁN VÍCTOR: “El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros”; Librería Editorial Platense; La Plata, Argentina (1997); Págs. 132 a 141. Los autores reseñan el caso al igual que el contenido de los aspectos fundamentales del fallo de la Suprema Corte.

conocimiento del medio de comunicación de que eran falsas o con temerario desinterés (reckless disregard) acerca de sí eran verdaderas o falsas².

Esta **doctrina de la “real malicia”** ha sido también luego recogida por la Suprema Corte Argentina, que en el caso “Pandolfi, Oscar R. c/ Rajneri J. R (1997), señaló:

“La aplicación de la doctrina de la “real malicia” procura lograr un equilibrio razonable entre el ejercicio de la función institucional de la prensa en un régimen democrático y la protección de los derechos individuales que pueden ser afectados por comentarios que puedan ser lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas, y también a particulares que intervienen en cuestiones de interés público, objeto de la información o crónica (...). La doctrina de la real malicia se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que aquéllas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si lo eran o no”³.

Comentando el significado e implicancias de este criterio acogido por la Corte Suprema de Argentina, Néstor Sagüés sostiene que la doctrina de la “real malicia” alude a *“un deber de veracidad para los medios de comunicación, que consiste no en exponer la verdad absoluta, sino en buscar leal y honradamente lo verdadero, lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe. Evitar que los preconceptos enturbien la mirada y empañen el espejo, es decir, el subjetivismo del periodista”*. Y agrega que este tribunal clasifica las informaciones inexactas en dos categorías: *“las falsas, que son las engañosas, fingidas o simuladas,*

² Ibídem: Págs. 134-135.

³ Citado por PIERINI ALICIA, LORENCES VALENTÍN y TORNABENE MARÍA INÉS: “Hábeas Data, derecho a la intimidad”; Editorial Universidad; Buenos Aires (1998); pág. 216.

proporcionadas con el fin de engañar con dolo y mala fe; y las erróneas, que son fruto de una concepción equivocada de la realidad, que induce de buena fe al error". Las primeras conllevan para su autor responsabilidad civil y penal, mientras que las segundas no generan obligación de reparar los daños causados si se prueba que se han utilizado los cuidados, atención y diligencia para evitarlos (información errónea no culpable o excusable)⁴.

Es evidente que la doctrina de la "real malicia" apunta a fortalecer la capacidad de fiscalización y denuncia de la prensa y la labor informativa de los medios de comunicación respecto a la gestión y conducta de los funcionarios públicos, entendiendo que ello es fundamental no sólo para las libertades de expresión e información sino también para el control social del poder estatal y de la labor de las autoridades en una sociedad democrática. Por ello, exime de responsabilidad a informaciones que puedan resultar, a la postre, falsas, erradas o no probadas, a condición de que se hayan difundido sin dolo ni mala fe, es decir, creyendo en su veracidad y habiendo desplegado una razonable diligencia para verificar su seriedad o autenticidad. Como corresponde a una labor informativa responsable.

Se invierte así "la carga de la prueba" para efectos de la determinación de la responsabilidad del medio informativo, pues ya no tendrá éste que probar la veracidad y exactitud de sus afirmaciones, sino que le bastará acreditar que actuó con razonable seriedad y diligencia para verificar la autenticidad de tal información; correspondiendo al funcionario afectado demostrar la malicia o dolo del medio de comunicación respecto a la información difundida para ser merecedor de una indemnización reparatoria. Es importante tener en cuenta que esta doctrina se refiere sólo a informaciones relacionadas con funcionarios públicos, y siempre que se vincule con actos o conductas propias de su función.

⁴ Cf. SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO: "Elementos de Derecho Constitucional", ASTREA; Buenos Aires (1997); tomo 2; págs. 370 a 373.

Resulta también importante dar cuenta del contenido con que la Corte Constitucional de Colombia ha plasmado con nitidez que el derecho a recibir información veraz constituye un límite inquebrantable del derecho a informar, cuidando en precisar los alcances y límites que puede atribuirse al requisito de veracidad exigible a quienes realizan actividad informativa. Conforme explican Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo y Rodrigo Uprimny, para la Corte *“la veracidad de una información hace referencia a hechos o a enunciados de carácter fáctico, que pueden ser verificados, por lo cual no cubre las opiniones. No obstante, la jurisprudencia ha comprendido que, en muchos eventos, no resulta fácil definir si una información respeta el principio de veracidad, pues puede referirse a hechos difíciles de comprobar o fundarse en fuentes que merezcan la más alta credibilidad del medio pese a que, finalmente, resulten equivocadas. A este respecto, la jurisprudencia ha señalado:*

“Ahora bien, la definición en cada caso concreto de lo que es veraz puede arrojar muchas dificultades. Aún cuando en algunas situaciones se podrá concluir fácilmente que una información no es veraz, en un buen número de casos pueden existir diferentes apreciaciones sobre una noticia. Pero más aún, en muchos eventos puede ser imposible para el informador determinar con precisión si el hecho que llega a su conocimiento es absolutamente cierto o no. Si en este último caso se aplicara una noción absolutamente estricta de veracidad se podría paralizar la actividad investigativa de los medios de comunicación, con lo cual se afectaría en forma fundamental su labor de control de las instancias de poder.

Por ello, lo que cabe concluir es que la aplicación del principio de veracidad difiere según la situación de que se trate. Así, si bien en algunos casos se puede ser muy estricto en la exigencia de la verdad, puesto que se advierte que lo publicado difiere notoriamente de los hechos reales, como ocurre, por ejemplo, cuando un medio manifiesta que sus afirmaciones se fundamentan en documentos emitidos por una entidad determinada, y ésta

demuestra que sus escritos expresaban todo lo contrario; en otros casos lo que se puede exigir es que el medio precise su información cuando, por ejemplo, la información suministrada en sí misma es cierta, pero hace caso omiso de algunos elementos, cuya presencia le otorga un cariz completamente distinto a la noticia; y en otros, en los que es imposible determinar la total veracidad de un suceso, que el medio demuestre que ha sido suficientemente diligente en la búsqueda de la verdad.”⁵

En base a estas consideraciones, concluyen estos autores respecto a los criterios fijados por la jurisprudencia de la Corte que *“vulnera el principio de veracidad el dato fáctico que es contrario a la realidad, siempre que la información se hubiere publicado por negligencia o imprudencia del emisor (...). Sin embargo, si se trata de hechos que no pueden ser fácilmente comprobados por el emisor, viola el principio de veracidad el locutor que los presenta como hechos ciertos o definitivos. En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que es inexacta y, en consecuencia, contraria al principio de veracidad, la información que, en realidad, responde simplemente a un juicio de valor u opinión del emisor, cuando es presentada como un hecho cierto e indiscutible. La jurisprudencia colombiana ha indicado que el medio que no diferencia entre los hechos verdaderos y los juicios de valor que tales hechos merecen a los comunicadores, vulnera el principio de veracidad. Por último, la Corte ha considerado que vulnera el principio de veracidad la "noticia" o el "titular" que, pese a ser literalmente cierto, es presentado de manera tal que induce al lector a conclusiones falsas o erróneas”.*⁶

⁵ BOTERO MARINO, CATALINA; JARAMILLO, JUAN FERNANDO; UPRIMNY YEPES, RODRIGO: “Libertad de información, democracia y control judicial: La jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada”; informe (2003); Pág. 6.

⁶ LOC. CIT.

3.3. EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN FRENTE A AFIRMACIONES OFENSIVAS O INEXACTAS

Los antecedentes del derecho de rectificación, suelen remitirse a la *“fairness doctrine”* (imparcialidad, equidad, rectitud) desarrollada en los Estados Unidos y luego recogida en una norma dictada por la Federal Communications Commission, regulación que fue discutida judicialmente en el caso *“Red Lion Broadcasting Co. vs FCC (1969)”*. Explican Bianchi y Gullco que *“se originó tempranamente en la historia de la radiodifusión norteamericana y procuraba obtener que las emisoras que presentaban asuntos de interés público lo hicieran dando cobertura imparcial a todas las opiniones contrapuestas que aquéllos suscitaban (...)”*. La llamada *“personal attack rule”* exigía que cuando, en la presentación de puntos de vista sobre un asunto controversial de importancia pública, se hace un ataque sobre la honestidad, carácter, integridad o similares cualidades personales de una persona identificada o de un grupo, la persona o el grupo atacados tendrán una razonable oportunidad de responder⁷.

Con respecto a los fundamentos del derecho de rectificación, suele sustentarse que constituye un componente y correlato necesario de la libertad de expresión e información, pues *“es ejercido por el agraviado por una información que, debido a la afectación que le provoca, necesita aportar su versión de los hechos en forma inmediata y gratuita, en el mismo medio y con igual espacio”*⁸. Bianchi y Gullco sostienen que *“el derecho de réplica, rectificación o respuesta puede ser caracterizado como aquel que determinados ordenamientos confieren a quien ha sido aludido en un medio de comunicación, a fin de que -bajo ciertas condiciones- pueda contestarlo en aquél, sin tener que abonar por el espacio (gráfico, radial o televisivo)”*⁹. Como señaló la Corte Suprema Argentina, en el caso *Ekmekdjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros (1992)*:

⁷ BIANCHI, ENRIQUE TOMÁS y GULLCO HERNÁN VÍCTOR: obra citada: Pág. 310.

⁸ PIERINI, LORENCES y TORNABENE: obra citada; Pág. 204.

⁹ BIANCHI, ENRIQUE TOMÁS y GULLCO HERNÁN VÍCTOR: obra citada; Pág. 309.

“La mayoría de las noticias contestables no son ilícitas y la respuesta es sólo un modo de ejercicio de la misma libertad de prensa, que presupone la aclaración razonable y gratuita en el mismo medio que publicó la información considerada ofensiva, en trámite simple y expeditivo, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que pudieran corresponder al afectado (...) El derecho de respuesta o rectificación tiene por finalidad la aclaración, gratuita e inmediata, frente a informaciones que causen daño a la dignidad humana e intimidad de una persona en los medios de comunicación social que las difundieron”.

Creemos oportuno resaltar, como lo ha reafirmado la doctrina del Tribunal Constitucional Español, que el ejercicio del derecho de rectificación por quien se estima afectado por informaciones que considera inexactas o agraviantes, no lo obliga a probar la veracidad de sus afirmaciones; pero que la publicación obligatoria de la rectificación en el medio de comunicación, tampoco les confiere tal veracidad ni permite asumir la falsedad de la información proporcionada por el medio (STC 168/1996). Asimismo, que este derecho de rectificación o réplica se circunscribe a la aclaración por el presunto afectado de hechos tenidos por éste como inexactos, erróneos o agraviantes, pero no implica la potestad de un derecho genérico de exigir la publicación “rectificatoria” debido a discrepancia sobre opiniones en trono a la información cuestionada. Por último, que la información calificada de inexacta o agraviante, debe causar un perjuicio directo a la reputación o el honor de la persona que solicita la rectificación.

En el caso peruano, la Constitución, en la parte final del Art. 2° inciso 7, establece *“Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.* Por su parte, el Art. 14° de la Convención Americana de Derechos Humanos se ocupa del Derecho de Rectificación o Respuesta, señalando:

“1. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados 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 la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en las que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y de la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

Como se puede apreciar, mientras la Constitución contempla expresamente el derecho de rectificación del afectado por afirmaciones inexactas o agraviantes que ofendan su honor o reputación, la Convención comprende también -además de éste- el derecho de respuesta o réplica, que supone más bien la posibilidad de expresar en el mismo medio de comunicación, por razones de equidad, la propia opinión cuando se ha sido aludido por una información o comentario, sin requerirse que la afirmación sea necesariamente inexacta o, incluso, agraviante.

La legislación nacional vigente en esta materia, dispone que el afectado ejercerá el derecho de rectificación solicitándolo -por conducto notarial u otro fehaciente- al director del medio de prensa dentro de los 15 días naturales posteriores a la publicación que desea rectificar. La rectificación deberá efectuarse dentro de los 7 días siguientes a la recepción de la solicitud, tratándose de órganos de edición o difusión diaria; en los demás casos, en la siguiente edición que se realice luego de dicho plazo. Se faculta al afectado a solicitar que la

rectificación se realice en un día de la semana y horario similares al de la información cuestionada, en caso de medios de comunicación no escritos.

El medio de comunicación podrá negarse a efectuar la rectificación en los casos siguientes: a) cuando no tenga relación inmediata con los hechos o imágenes cuestionadas o si estima que excede lo necesario para el fin perseguido; b) cuando sea injuriosa, contraria a la ley o a las buenas costumbres; c) cuando se refiera a tercera persona sin causa justificada; d) cuando esté redactada en idioma distinto al de la edición o programa incriminado; e) cuando no se limite a los hechos mencionados en la información y contenga juicios de valor u opiniones. Señala la norma que si el medio de comunicación no efectúa la rectificación en el plazo establecido, si manifiesta su negativa a hacerlo o la realiza en forma indebida, el afectado podrá recurrir a la acción de amparo.

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de conocer y resolver diversos procesos de amparo donde se reclamaba el ejercicio del derecho de rectificación, denegado por algún medio informativo. Ello le ha permitido precisar el contenido y alcances que confiere a este derecho, respecto a las pretensiones de quienes consideraban vulnerados sus derechos al honor o reputación. Puede así mencionarse el amparo promovido por Alberto Felipe Ortiz Prieto contra el director del programa noticioso "Acontecer", de Radio Frecuencia 2000 (Exp. N° 829-98-AA/TC), cuya sentencia del 29 de septiembre de 1999 declaró infundada la acción; y el interpuesto por Pola Mellado Vargas contra el director de la Empresa Editora El Diario del Cuzco (Exp. N° 1308-99-AA/TC), cuya sentencia del 30 de marzo del 2000 declaró fundada en parte la demanda. En ambas resoluciones se señala:

“La obligación de rectificar informaciones inexactas o agraviantes al honor o a la buena reputación difundidas por cualquier medio de comunicación social tiene por finalidad, a la par de contribuir con una correcta formación de la opinión pública libre, el de corregir informaciones no veraces o que

hayan sido formuladas como consecuencia de no observarse una conducta razonablemente diligente para agenciarse de los hechos noticiosos que podrían ser objeto de información y que, de ese modo, afecten derechos subjetivos constitucionales.”

Pero, en ambos procesos, **el Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho de rectificación se refiere exclusivamente a la exigencia de corregir afirmaciones inexactas o carentes de veracidad, no así a solicitar la publicación o difusión de opiniones que suponen una respuesta o réplica de quien se considera afectado u ofendido por tales afirmaciones.** Así, en el ya citado amparo interpuesto por Alberto Ortiz Prieto contra el programa radial “Acontecer”, el Tribunal desestimó su pedido de rectificación señalando:

“(…) el contenido y el ámbito del derecho de rectificación no comprende la posibilidad de que en ejercicio de dicho derecho subjetivo se pueda pretender corregir, enmendar, suprimir o simplemente rectificar juicios de valor u opiniones que a través del medio de comunicación social se hubieran transmitido, conforme lo enuncia el artículo 6° de la Ley N.º 26847, pues por su propia naturaleza abstracta y subjetiva, éstas no pueden ser objeto de una demostración acerca de su exactitud, lo que no exime ni justifica, por supuesto, que so pretexto de ello se utilicen frases o palabras objetivamente injuriosas o insultantes.”

Lo mismo sucedió en el amparo interpuesto por Pola Mellado. En efecto, el Tribunal Constitucional acogió la rectificación solicitada respecto a la información que calificaba a la accionante como una “falsa docente que cobra sin trabajar” pues ésta acreditó con documentos que tenía la condición de docente universitaria. También consideró inexacta y desproporcionada la aseveración de que cobraba su sueldo sin laborar, pues sostuvo el Tribunal que: *“(…) la docente ha cobrado sus remuneraciones, si bien es cierto no realizando un trabajo efectivo, pero sí percibiéndolo en uso legítimo de sus derechos laborales como son la*

licencia por capacitación, permiso por enfermedad, y aún estando en pleno proceso administrativo, debido a que mantiene el vínculo laboral con la Universidad; tal como se aprecia de los documentos obrantes....". No obstante, desestimó la procedencia de la rectificación en el extremo que suponía la intención de respuesta de la accionante frente a las críticas o cuestionamientos formulados por el diario a su labor y desempeño laboral. Así dispone la sentencia que:

“No sucede lo mismo (...) con respecto al contenido mismo de la información y a las críticas que se hace con respecto a la labor de la demandante, ya que se aprecia que el medio de prensa ha plasmado la información de conformidad con los documentos expedidos por los distintos estamentos de la Universidad Nacional San Antonio de Abad del Cusco (...) por lo que no puede reputarse que la negativa del demandado para rectificar pueda considerarse violatoria de su derecho constitucional a la rectificación, más aún si se tiene en cuenta que las opiniones o críticas vertidas en la información no entran en el ámbito del derecho de rectificación de conformidad con lo establecido por el artículo 6º de la Ley N.º 26847.”

De igual forma, en el amparo promovido por Walter Prieto Maitre, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Jaén, contra el director del programa periodístico "Línea Directa" y el gerente de la Empresa de Radio y Televisión de Jaén EIRL Canal 5 Real Global (Exp. N° 1004-99-AA/TC), el Tribunal Constitucional sostuvo que la solicitud de rectificación del accionante implicaba, más bien, reclamar un derecho de réplica, previa entrevista, no contemplado en la ley, frente a afirmaciones e informaciones difundidas por el medio de prensa. La sentencia del 8 de junio declaró infundado el amparo, expresando como fundamento:

“En el presente caso, si bien el demandante cursó la solicitud, en ella se pidió incorrectamente que se conceda (...) el derecho de réplica para efectuar la respectiva rectificación (...) que no está contemplado en la Ley

N.º 26847, lo cual fue advertido por el demandado y hecho de conocimiento del demandante a través de la carta notarial. En consecuencia, no se han vulnerado los derechos invocados.”

Por nuestra parte, consideramos inadecuada esta interpretación restrictiva asumida por el Tribunal Constitucional. De un lado, porque la Constitución concede el derecho de rectificación no sólo contra afirmaciones inexactas (como lo reconoce el Tribunal) sino también frente a las que pueden agravar los derechos al honor y buena reputación. De otro lado, porque el contenido de un derecho constitucional, expresamente señalado en la norma, no puede interpretarse restrictivamente en función de lo que señale una ley, que sólo se ocupe del caso de rectificación por afirmaciones inexactas. Finalmente, porque la Convención Americana de Derechos Humanos incluye tanto el derecho de rectificación como el de respuesta o réplica, por lo que este último resulta exigible y no puede ser descartado, de manera genérica, como ha hecho el supremo intérprete.

El derecho de respuesta o réplica constituye una garantía democrática de equidad, al permitir que quien es aludido por una afirmación o información tenga la posibilidad de exponer su versión u opinión de los hechos, sin que se trate exclusivamente de un problema de veracidad o exactitud de lo informado. **No es pues una respuesta a cualquier opinión o información, sino a las que nos conciernen y afectan personalmente.** Naturalmente, su ejercicio debe resultar justificado y sujetarse a reglas de proporcionalidad, que deben ser evaluadas por el órgano jurisdiccional, por lo que consideramos cuestionable la negativa genérica a su aplicación que expresan los fallos comentados de nuestro Tribunal Constitucional.

3.4. RESPONSABILIDAD ULTERIOR POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E

INFORMACIÓN Y PROHIBICIÓN DE TODA CENSURA PREVIA, INCLUYENDO LOS MANDATOS JUDICIALES RESTRICTIVOS.

Señalamos anteriormente que el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra la regla de la responsabilidad ulterior ante la afectación que se pueda ocasionar al honor o a la reputación de las personas mediante el ejercicio de las libertades de expresión e información, prohibiendo toda forma de censura previa. También hemos precisado que la doctrina actual de la Corte Interamericana considera que un mandato judicial que disponga la suspensión o prohibición de difusión de una información o publicación, por encontrarla violatoria de derechos de la personalidad (honor, reputación, intimidad), constituiría una forma de censura previa, proscrita por la Convención.

Ya anotamos, también, que el Art. 2° inciso 4 de la Constitución peruana establece que el ejercicio de las libertades de expresión e información se realiza “*sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos*”. Se trata pues de una condición y una garantía esencial para la real vigencia de este derecho, pues no cabe admitir que su ejercicio esté supeditado a una revisión o calificación previa de las autoridades, confiriéndoles así la posibilidad de impedir, cercenar o mutilar la difusión de ciertas opiniones o informaciones.

3.4.1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano.

Diversas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional han desestimado acciones de amparo interpuestas solicitando que se suspenda o prohíba la difusión de opiniones o informaciones a través de medios de comunicación, aun cuando el accionante alegue que configuran violación a derechos como el honor, la buena reputación, la intimidad personal o familiar o la propia imagen. El Tribunal Constitucional, acogiendo lo expuesto por la Comisión y la Corte Interamericana

de Derechos Humanos, ha considerado que atender estos pedidos supondría ejercer una forma de censura previa, incluso cuando el mandato restrictivo provenga de una autoridad jurisdiccional.

Tenemos así que en caso de la Caja de Ahorro y Crédito de San Martín, contra la emisora Radio Imagen y dos de sus periodistas, donde se pretendía que los demandados se abstuvieran de seguir difundiendo informaciones que sindicaban a la empresa financiera como vinculada a allegados de un testaferrero de Vladimiro Montesinos, afectando, según decía, la estabilidad de dicha caja rural, por incentivar el pánico financiero y el retiro masivo de fondos. El Tribunal señaló como fundamento para declarar improcedente la acción lo siguiente:

“Cuando, como consecuencia del ejercicio de las libertades informativas, se transgreden otros derechos constitucionales, como los derechos al honor o a la buena reputación, su tutela no puede significar que, con carácter preventivo, se impida a que un medio de comunicación social (...) pueda propalar la información que se considera como lesiva, pues ello supondría vaciar de contenido a la cláusula que prohíbe la censura previa, la que proscribe el impedimento del ejercicio de tales libertades y (...) la condición de garantía institucional de las libertades informativas como sustento de un régimen constitucional basado en el pluralismo.

Desde luego (...) no significa que los derechos al honor o a la buena reputación queden desprotegidos o en un estado de indefensión, pues, el propio ordenamiento constitucional ha previsto que sus mecanismos de control tengan que actuar en forma reparadora, (...). Tal criterio (...) es el mismo que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención. El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de

responsabilidad para quien lo haya cometido" (OC-5/85, párrafos 38 y 39, respectivamente)."

Similar criterio asumió el Tribunal al declarar improcedente el amparo interpuesto por Julia Estela Medina Díaz contra el diario "El Clarín" (Exp. N° 748-2000-AA/TC), donde solicitaba el cese de las publicaciones que consideraba violatorios a sus derechos al honor, reputación e intimidad, al poner en tela de juicio el ejercicio de sus funciones como alcaldesa de la Municipalidad Provincial de San Miguel de Cajamarca, donde sostuvo que:

"La libertad de información no está (ni puede estar) sujeta a censura previa. Por el contrario (...) su ejercicio no puede estar sujeto, bajo ningún punto de vista, a autorización, censura previa o impedimento algunos (...). Las violaciones a los derechos constitucionales invocados no pueden ser reparados en esta vía, cuya función no consiste en reparar daños consumados, sino en hacer retornar las cosas al estado en que estaban cuando se produjo la violación."

Por su parte, en el amparo interpuesto por Gustavo Mohme Llona y Javier Diez Canseco contra el Presidente del Consejo de Ministros, Ministro del Interior y Ministro de Defensa, por la violación de sus derechos constitucionales al honor, buena reputación, a la voz e imagen (Exp. N° 168-98-AA/TC), se solicitaba la suspensión de un spot publicitario propalado por diversos canales de televisión a través del cual se les pretendía presentar a la opinión pública como personas empeñadas en dañar el prestigio de las Fuerzas Armadas. La sentencia del 17 de abril de 1998, declaró infundada la acción sosteniendo como fundamentos:

"(...) en nuestro ordenamiento jurídico la libertad de propalar información a través de los medios de prensa, hablado, escrito, radial o televisado, no es un derecho respecto del cual pueda proclamarse su carácter absoluto, pues

es susceptible de ser limitado, sin embargo, su ejercicio no requiere autorización previa, ni está sujeto a censura o impedimento alguno(...)

Cuando como consecuencia del ejercicio de las libertades informativas, se transgredan otros derechos constitucionales, como al honor, a la buena reputación, a la imagen o la voz, como en el caso de autos alegan los accionantes, su tutela no puede significar que con carácter preventivo se impida a un medio de comunicación social, cualquiera sea su naturaleza, propalar la información que se considera como lesiva, pues ello supondría que la cláusula de prohibición de la censura previa o de la proscripción del impedimento para el ejercicio de tales libertades quedara vaciada de contenido, y con él la garantía institucional de la libertad informativa como sustento de un régimen constitucional basado en el pluralismo.”

El que las libertades informativas ejercidas a través de los medios de comunicación social, como se ha anotado, no constituyan derechos a propósito de los cuales se pueda predicar un carácter absoluto, y (...) respecto de los cuales no pueda intentarse de manera previa un control, no significa que la persona quede en absoluta indefensión, cuando ello suponga que con su ejercicio se haya generado violaciones de otros derechos constitucionales, pues 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 “

El mismo fundamento fue expuesto por el supremo intérprete en el amparo interpuesto por Alberto Ortiz Prieto contra el director del programa radio noticioso "Acontecer", de Radio Frecuencia 2000, por violación de sus derechos constitucionales al honor y a la buena reputación (Exp. N° 829-98-AA/TC). El Tribunal Constitucional declaró infundada la acción reafirmando que un mandato

judicial que afecte la libertad de expresión e información supone una forma de censura previa. Así, la sentencia del 29 de septiembre de 1999 señaló que:

“La posición central que ocupan las libertades de información y expresión en la formación de una opinión pública libre, presupuesto de (...) un Estado Democrático de Derecho, (...) impide que (...) se encuentren sujetas a unos límites de carácter preventivo, por medio de los cuales pueda impedirse el ejercicio de tales libertades como consecuencia del dictado de un mandato judicial de prohibición, ya que (...) el ejercicio de las libertades informativas a través de medios de comunicación social no se encuentra sujeto a ninguna clase de autorización, censura o impedimento alguno.

Del mismo modo, más recientemente, en el amparo interpuesto por Panamericana Televisión contra Genaro Delgado Parker (Exp. N° 473-2003-AA/TC) la sentencia del 24 de marzo del 2003, declaró improcedente la acción donde se pretendía que el emplazado cese sus declaraciones y campaña alegando *“inexistentes derechos y aparentando ante la opinión pública una titularidad de accionista y/o directivo de Pantel S.A. que no ostenta, amenazando con solicitar judicialmente la administración y control de Panamericana Televisión S.A.”*. Sostuvo el Tribunal que:

“No puede pretenderse por la vía del amparo que se limite o prohíba a una persona que exprese su opinión y difunda sus pensamientos públicamente ante medios de comunicación social, por cuanto un proceder de tal índole importaría afectar el derecho constitucional previsto por el inciso 4) del artículo 2° de la Constitución (...), quedando, en todo caso, expedito el derecho de la parte afectada con aquellas de exigir las sanciones represivas que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto frente a un supuesto de esta naturaleza(...).

En relación con la violación de los derechos fundamentales referidos a trabajar libremente con sujeción a ley, a la propiedad, a participar en forma individual o asociada en la vida económica de la nación y a la paz y a la tranquilidad establecidos, respectivamente, en los incisos 15, 16, 17 y 22 del artículo 2° de la Constitución (...) partiendo de la supuesta violación de estos derechos en las expresiones públicas efectuadas por el demandado respecto a su intención de ingresar a la administración de Panamericana Televisión S.A., al haberse establecido, (...) que manifestaciones públicas de este tipo no pueden prohibirse sin afectar la libertad de expresión del demandado consagrada en el inciso 4) del artículo 2° de la Carta Fundamental, (...) la supuesta amenaza de violación de estos derechos tampoco puede prosperar (...).”

Ahora bien, no tenemos duda que la Convención Americana de Derechos Humanos establece el principio de la responsabilidad ulterior y no de la censura previa, frente a los posibles abusos o excesos en que se pueda incurrir en el ejercicio de las libertades de expresión e información en desmedro de otros derechos fundamentales de la personalidad, sin duda también importantes en una sociedad democrática. Esta prohibición de toda censura previa determina que no se reconozca la posibilidad de una intervención o mandato de cualquier autoridad o funcionario que pretenda impedir o restringir la difusión de opiniones o informaciones. No obstante, consideramos que deben plantearse dos preguntas de trascendental importancia:

- 1) ¿Ello lleva a establecer una preminencia o prevalencia per sé de la libertad de expresión e información sobre derechos de la personalidad, como el honor, reputación, intimidad personal o propia imagen; debiendo en caso de conflicto siempre preferirse aquéllas y “sacrificarse” éstos?

- 2) ¿Cabe considerar que la prohibición de “toda censura previa” incluye como tal a los mandatos judiciales que pudieran disponer la suspensión o prohibición de opiniones o informaciones por estimarlas violatorias del ejercicio regular de este derecho y vulneratorias de derechos de la personalidad?

3.4.2. La opción por la posición preferente de la libertad de expresión e información, en desmedro de la intimidad personal y los derechos de la personalidad.

Puede decirse que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que algunos tribunales constitucionales (incluido el del Perú), han acogido los criterios surgidos de la jurisprudencia predominante de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el sentido de otorgar una **posición preferente** (preferred position) a las libertades de expresión e información frente a los derechos de la personalidad (honor, reputación, dignidad, intimidad personal o familiar, propia imagen) con que pudieran entrar en colisión y resultar vulnerados en su ejercicio. Esta concepción se ha construido a partir de una interpretación del contenido y alcances de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana. Se entiende que la prevalencia de la libertad de expresión se justifica en tanto contribuye a garantizar la existencia de una opinión pública libre, el control del poder político, la vigencia de la democracia y el debate de las ideas y de los temas de interés general.

Es evidente que la experiencia histórica del surgimiento de los Estados Unidos, ligada a la emigración de los colonos europeos que huyeron de la persecución política y de la intolerancia religiosa, explican -en mucho- este rol primordial y superior que se otorga a las libertades de expresión e información en el régimen político y valores del sistema jurídico norteamericano, con la finalidad de asegurar la plena vigencia de la libertad de creencias y opiniones, así como su

comunicación social amplia, sin la interferencia u opresión del poder. No obstante, debe precisarse que esta posición preferente de la libertad de expresión e información sobre los derechos de la personalidad se manifiesta fundamentalmente cuando se refiere a asuntos de índole política o de interés público, más no necesariamente cuando tiene relación con temas propios de la intimidad personal y la privacidad, que también son valores especialmente protegidos por la jurisprudencia.

Distinto es el criterio dominante de interpretación asumido por el Tribunal Constitucional Alemán, que ha asumido que el valor fundamental a preservar en su ordenamiento constitucional y el régimen político es la **dignidad de la persona**, sin duda como una explicable reacción ante los crímenes y atrocidades cometidos durante el régimen Nazi contra la vida, la dignidad e integridad humana. Conforme anotan Botero, Jaramillo y Uprimny, *“desde el fallo Luth de 1958, ese tribunal ha señalado, de manera reiterada, que el capítulo sobre derechos fundamentales contiene un “orden objetivo de valores” que se realiza en la vida política, ya que los derechos fundamentales no son únicamente derechos subjetivos sino principios objetivos del ordenamiento jurídico que se aplican en todos los ámbitos del derecho y por ende irradian las relaciones privadas. Es más, el tribunal ha incluso establecido jerarquías entre esos valores, dando el lugar dominante, como principio último, a la dignidad humana”*¹⁰. De modo que, como agregan los autores citados:

“esta centralidad de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, que prevalecen incluso sobre el propio proceso político democrático, explica entonces que el tribunal constitucional alemán tienda a proteger el honor y la intimidad cuando entran en conflicto con la libertad de expresión, ya que, según ese tribunal, para que exista realmente la dignidad de la persona debe haber un “ámbito esencial absolutamente protegido de la vida privada”, el cual no puede ceder ante ningún otro derecho o interés

*colectivo. En cambio, la importancia de la opinión y del flujo de ideas, como requisitos de una democracia abierta y efectiva, explican que la opción hermenéutica en Estados Unidos haya tendido a ser la opuesta, esto es, la protección de la mayor libertad de expresión, incluso a riesgo de legitimar algunos abusos contra la intimidad y el honor de las personas”.*¹¹

Sin embargo, a pesar que podría pensarse por lo expuesto que los criterios predominantes asumidos por la Corte Suprema norteamericana y el Tribunal Constitucional alemán son contrapuestos, y que cada uno de estos órganos opta por **atribuir una supremacía o superioridad a priori a uno de los derechos en conflicto** (libertad de expresión e información vs. intimidad, reputación y otros derechos de la personalidad), coincidimos con Botero, Jaramillo y Uprimny cuando desvirtúan esta interpretación algo mecánica y concluyen que:

“las diferencias entre la jurisprudencia alemana y estadounidense podrían ser sintetizadas así: estos tribunales no han establecido una jerarquía absoluta y para todos los casos entre las libertades en conflicto sino que han desarrollado lo que la doctrina denomina una prevalencia prima facie pero no una superioridad definitiva de un derecho sobre otros. Así, una preferencia prima facie del derecho A sobre el derecho B simplemente indica que en caso de que estos valores entren en colisión, el juez debe decidir con base en el derecho A, salvo si las particularidades del caso confieren un mayor peso relativo a B. La prevalencia prima facie juega entonces, a nivel de la argumentación en torno a derechos y valores, el mismo papel que juegan las presunciones en el plano probatorio, puesto que indican al juez que debe decidir el asunto de determinada manera, salvo si aparece demostrado lo contrario. Estas supremacías iniciales establecen entonces cargas de argumentación y de esa manera esbozan un orden en las soluciones, pero no contienen determinaciones definitivas.

¹⁰ BOTERO, CATALINA; JARAMILLO, JUAN FERNANDO; UPRIMNY, RODRIGO: Obra citada; Pág. 31.

¹¹ Ibidem: Pág. 32.

Así, la preferencia que el tribunal constitucional alemán reconoce a la intimidad --como expresión de la dignidad humana-- no implica que ésta siempre prevalezca sobre la libertad informativa. Y por su parte, el lugar dominante que ocupa la libertad de expresión en el constitucionalismo estadounidense no anula la protección a la privacidad de las personas”¹²

En Latinoamérica, es la Corte Constitucional de Colombia la que ha tenido una trayectoria más destacada y realizado aportes interesante en la protección y determinación del contenido de los derechos fundamentales. Respecto al tema que nos ocupa, dicha Corte -en sus primeros años- optó por preferir el derecho a la intimidad personal cuando resultaba afectado por el ejercicio de las libertades de expresión e información. Sin embargo, posteriormente asumió un criterio menos definido y algo oscilante, realizando una cierta ponderación de los derechos en conflicto. Finalmente, desde mediados de la década del 90 predomina el criterio orientado a afianzar una posición preferente de la libertad de expresión e información. En tal sentido, es elocuente lo expresado en la sentencia de tutela T-066/ 1998, donde la Corte Constitucional afirma:

“En estos eventos, el derecho de información debe ser preferido, en principio, en razón del papel de control del poder que se asigna socialmente a los medios de comunicación. Del reconocimiento de que los medios cumplen en este campo una función importantísima para la vigencia del sistema democrático se deriva que ellos deben gozar de amplia libertad en la tarea de supervisión de las entidades estatales y de los poderes privados. Si se impusieran fuertes restricciones sobre la prensa en estas áreas se perjudicaría en medida notable su capacidad de vigilancia sobre el correcto desempeño de estos poderes. No desconoce la Corte que la referida amplitud de la libertad de prensa en estos campos puede llegar a afectar los derechos de las personas que se desempeñan en posiciones de notoriedad e interés público. No obstante, en principio habrá de responderse que estas

¹² Ibidem: Pág. 25.

personas, al aceptar su situación social, han consentido tácitamente en una cierta restricción de esos derechos. En efecto, su papel de figuras públicas los convierte en objeto del interés general, por lo cual es de esperar que tanto sus actividades públicas como su vida privada sean observadas de manera minuciosa por parte de la sociedad.”

En forma sintética, al evaluar los criterios asumidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en casos de conflicto entre las libertades de expresión e información frente a la intimidad personal y otros derechos de la personalidad, el interesante y riguroso informe de Botero, Jaramillo y Uprimny sostiene que:

“En resumen, desde una perspectiva formal -atendiendo a las manifestaciones de principio que se efectúan en las sentencias- para la Corte Constitucional la procura de la dignidad, a través de garantizar un ámbito de intimidad, y la defensa del sistema de gobierno democrático, mediante la protección de la libertad de información, constituyen conjuntamente propósitos constitucionales prioritarios. Sin embargo, en la práctica, al decidir casos concretos, la Corte tendió, al menos en sus primeros tres años de actividades, a dar preferencia al derecho a la intimidad. Por sólo citar un ejemplo, en la sentencia T-609/92 antes mencionada, a pesar de que la Corte señala la posición preferente de la libertad de expresión, concluye que unas caricaturas y fotomontajes realizados para criticar a una funcionaria pública, por presuntas irregularidades en su gestión, eran lesivas de su dignidad, y “no se compadecen con el ejercicio de la libertad de prensa, ni con la libertad de expresión en medios masivos de comunicación, los que por mandato constitucional tienen responsabilidad social.”

Pese a lo anterior, en la jurisprudencia constitucional proferida en los últimos años, la Corte ha pasado de proclamar formalmente la especial

preferencia de la libertad de información a aplicar este criterio para la resolución de casos concretos. En efecto, a partir de mediados de la década del 90, la Corporación fue inaugurando nuevos criterios en virtud de los cuales se reconoce, primero tímidamente y luego de manera vigorosa, la verdadera prelación de la libertad de información”¹³

3.4.3. Por una opción que descarte la preferencia a priori de alguno de los derechos en conflicto. La necesidad de adoptar una ponderación judicial de los derechos fundamentales en colisión, considerando que un mandato judicial no constituye una censura previa.

Desde hace buen tiempo venimos sosteniendo la inconveniencia y la incompatibilidad con los valores primordiales de nuestro régimen constitucional de adoptar cualquiera de las posiciones extremas que, indistintamente, plantean la preferencia a priori o prevalencia, en todos los casos, sea de la libertad de expresión e información o de la intimidad personal u otros derechos de la personalidad. También consideramos que no debería considerarse como una forma de censura previa a los mandatos judiciales, dictados en el marco de un debido proceso, que impongan (en casos excepcionales) suspender temporalmente o impedir la difusión total o parcial de algunas expresiones o informaciones por encontrarlas notoriamente violatorias de otros derechos fundamentales, carentes de legítimo interés general y conllevar un ejercicio abusivo del derecho¹⁴.

Nos inclinamos por la necesidad de que la **solución del conflicto generado por la colisión entre ambos derechos se resuelva analizando y ponderando, en cada caso concreto, la relevancia social y política de los**

¹³ Ibidem: Pág. 14.

¹⁴ Cfr. EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO JOSÉ: “La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: El caso peruano”; en, “*Estudios Constitucionales*”, ARA Editores; Lima (mayo 2002); Págs. 119 a 179.

intereses enfrentados y los valores a preservar, para determinar la protección de qué derecho debe preferirse y prevalecer. Afirmamos que debe existir una orientación general en favor del predominio de la libertad de información, utilizándose la prohibición judicial de difusión de informaciones en defensa de la intimidad personal en forma excepcional, cuando se constate que se trata de asuntos reservados en los que no existe aspectos de relevancia política en juego ni legítimo interés general o público en su conocimiento.

Cierto que éste no es el criterio asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y recogido también por nuestro Tribunal Constitucional, quienes califican como censura previa incluso a los mandatos judiciales, lo que los tornaría violatorios de la Convención y de nuestra Constitución. Nuestros reparos respecto a dicha interpretación podrían sintetizarse en las afirmaciones siguientes:

- a) Todos los distintos derechos consagrados en los pactos internacionales de derechos humanos y en nuestra Constitución tienen jurídica y formalmente igual valor y deben tener igual posibilidad de protección y tutela judicial efectiva. En consecuencia, no encontramos fundamento objetivo para admitir una prevalencia per sé o preferencia a priori de un determinado derecho sobre otros, aunque se trate de uno tan importante (desde el punto de vista social y político) como la libertad de expresión e información. La doctrina de la posición preferente de la libertad de expresión e información encuentra fundamento en un sistema como el de los Estados Unidos¹⁵, pero no en el régimen constitucional peruano que expresamente, en el Art. 1° de la Carta Política, **tiene a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como principio y deber fundamental del Estado y la Sociedad.**

¹⁵ Cfr. MARCIANI BURGOS, BETZABÉ: “¿Es posible establecer una posición preferente del derecho a la libertad de expresión?: Una respuesta a partir de los fundamentos del derecho a la libertad de expresión analizados en el caso de la parodia o expresión humorística.”; Tesis para obtener el título de abogada; Pontificia Universidad Católica del Perú, (2003); 399 Págs. Este aspecto se trata, sobre todo, en las Págs. 45 a 55 y 347 a 364.

Cuando se presenta un conflicto entre dos derechos fundamentales, la opción de preferir alguno de ellos que realiza el juez debe estar determinada por las características específicas del caso, la ponderación de los intereses en juego y no por una supuesta superioridad o jerarquía a priori de algún derecho sobre otro.

- b) La prevalencia de la libertad de expresión e información, sobre la intimidad, el respeto de la vida privada u otros derechos de la personalidad, **se justifica plenamente cuando se trata de hechos o situaciones donde existe un legítimo interés general en su divulgación y conocimiento**, sea por estar referidos a temas esenciales para la formación de la opinión pública o el debate político, la fiscalización de la conducta o gestión de las autoridades o funcionarios, etc. Ello debe determinarse en el caso concreto, apreciando el tipo de personaje de que se trata, la naturaleza de los hechos involucrados y la relevancia o necesidad de su divulgación; por lo que si bien **admitimos una “presunción” en favor de la prevalencia de la libertad de información, debe estar sujeta a verificación en el análisis del caso concreto.**
- c) No creemos que deba ni pueda establecerse una extensión o aplicación mecánica o automática de la prevalencia de la libertad de información, de manera indiscriminada a cualquier acto individual de ejercicio de este derecho. Con mayor razón cuando se trate de conductas vulneratorias de los principios éticos básicos que deben guiar la actuación informativa responsable en una sociedad democrática y respetuosa de los derechos de las personas, en las que incurre la llamada “prensa amarilla” o sensacionalista. Cuando en el ejercicio de las libertades de expresión o de información se configura un caso de notorio abuso del derecho en desmedro de la intimidad personal, el uso de la propia imagen o en perjuicio de la reputación, no encontramos razonable que se goce de esta protección general si se observa que estamos ante una actuación ajena a los valores que se procura cautelar en la labor informativa, tales como la veracidad y el respeto de la dignidad de las personas.

d) Resulta admisible que, en general, se sostenga que mientras la libertad de información salvaguarda intereses generales o colectivos (una sociedad libre y democrática, derecho a expresarse y a estar informado), la intimidad personal, el derecho a la vida privada, a la buena reputación o a la imagen propia privilegian el interés individual de la persona afectada. Sin embargo, ello no puede llevar a minimizar el valor de estos derechos, en especial de la intimidad personal, pues se trata de derechos de la personalidad igualmente esenciales dentro de una sociedad democrática y libre, por lo que mal podríamos resignarnos a su “sacrificio” inevitable en todos los casos, en aras del predominio de la vigencia de la libertad de información, aún cuando ésta se haya ejercido en forma abusiva o inescrupulosa.

Ahora bien, dado que propugnamos que debe optarse por una adecuada ponderación judicial en el caso concreto, en vez de una preferencia a priori de la libertad de expresión e información, aunque reconociendo la conveniencia de mantener una presunción en favor de ésta, sostenemos también que **el mandato judicial que pudiera dictarse, de manera excepcional y en el marco de un debido proceso, disponiendo la suspensión o prohibición de difusión de determinadas informaciones, por encontrarlas abusivas e injustificadamente vulneratorias de derechos de la personalidad o carentes de interés general, no constituye, necesaria y mecánicamente, una forma de censura previa.** Si bien compartimos la prohibición de toda censura previa, la entendemos referida a la actuación de las autoridades políticas o administrativas, pero no al órgano jurisdiccional, pues la finalidad primordial de éste es proteger todos los derechos fundamentales sin distingo, realizando la ponderación de los intereses contrapuestos en cada caso concreto, de existir conflicto entre éstos¹⁶.

¹⁶ Es interesante destacar lo dispuesto por el Art. 20.5 de la Constitución Española, que señala: *“Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”*. De este modo, dicha Constitución y la jurisprudencia no consideran como una forma de censura previa el mandato judicial que pueda, sin duda en casos excepcionales, ordenar la suspensión o prohibición de la difusión de publicaciones o informaciones. Ello cobra mayor relevancia porque la Convención Europea de DDHH y la propia

Un criterio similar al que proponemos fue adoptado en una trascendental sentencia del Tribunal Constitucional Español, la STC 187/1999, del 25 de octubre de 1999, publicada en el BOE del 30 de noviembre), promovida por la empresa de televisión “Tele 5” frente a las resoluciones de la justicia penal que prohibieron la emisión del programa “La Máquina de la Verdad”, donde se iban a revelar facetas de la intimidad de una conocida pareja, que se consideraba podían perjudicar al hijo de ambos. Cabe anotar que el juez instructor había utilizado la potestad que le confería la ley 62/1978, para la Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, cuyo Art. 3.2 le permite adoptar el secuestro de una publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva, medida que fue ratificada por la Audiencia Provincial.¹⁷

El referido fallo en esta acción de amparo resuelta por el Tribunal Constitucional Español, consideró que la difusión del programa de televisión supondría una interferencia en una investigación judicial en curso y que constituía una suerte de “juicio paralelo de los medios”. El Tribunal confirmó la pertinencia de las resoluciones judiciales, considerando que no constituían una forma de censura previa, señalando respecto al contenido y alcances de ésta:

“Por censura previa (prohibida en el marco de la libertad de expresión por el Art. 20.2 de la CE) debe tenerse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu que consista en el sometimiento a un previo examen por un poder público del contenido de la misma, cuya finalidad sea la de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera que se

Constitución Española también prohíben la censura previa, pero le asignan la misma interpretación que aquí propugnamos.

¹⁷ Cfr. FARRÉ LÓPEZ, PEDRO: “La jurisprudencia en España”; en, ESCOBAR, GUILLERMO y VILLANUEVA, ERNESTO (Coordinadores), “Nuevas tendencias del Derecho de la Comunicación. Visiones desde España y México”; Universidad Iberoamericana, México (2000); Págs. 220 a 225.

otorgue el plácet a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario.

Sin embargo, el rigor de la prohibición se dirige, en principio, con toda su intensidad a la tradicionalmente denominada censura gubernativa y no a la posibilidad de que un Juez o Tribunal, debidamente autorizado por la ley, adopte ciertas medidas restrictivas del ejercicio de las libertades de expresión e información.

La propia Constitución legitima el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información, aunque sólo podrá acordarse en virtud de una resolución judicial (Art. 20.5 CE). Sin embargo, no es ésta la única medida cautelar que pueden adoptar los órganos judiciales y que afecta a los medios de comunicación (Es posible) la debida protección de los derechos fundamentales y otros bienes y valores jurídicos constitucionalmente protegidos, a los cuales apunta el artículo 20.4 CE, constituya una necesidad tal que fundamente, desde la perspectiva constitucional, única importante aquí y ahora, la existencia de medidas de urgencia diferentes del secuestro que bien pudieran responder a una finalidad diversa, como sería la preservación de aquéllos frente al riesgo de sufrir daños inminentes e irreparables.”

Es verdad que la norma de la Convención Americana, que establece la responsabilidad ulterior por los excesos que se cometan en el ejercicio de las libertades de expresión e información y la proscripción de toda censura previa, fue expresa y deliberadamente incluida ante la desafortunada experiencia de las prácticas represivas de algunos gobiernos latinoamericanos durante regímenes autoritarios o de facto, muchas veces mediante la intervención del aparato judicial o con su anuencia. Pero aunque compartimos plenamente la necesidad y el fundamento de esta garantía, no creemos -sin embargo- que pueda interpretarse de manera literal o mecánica, de modo que proscriba o imposibilite cualquier resolución judicial destinada a impedir la materialización de la vulneración del

derecho a la intimidad personal a través del uso indebido de la libertad de expresión e información. La prohibición de toda censura previa, lo reiteramos, entendemos que se refiere a los actos de interferencia provenientes de las autoridades administrativas o políticas, cuando pretendan supeditar la difusión de informaciones a contar con su control o aprobación previa de los contenidos.

Dado que la forma natural de reclamar la protección de un derecho fundamental o constitucional amenazado o vulnerado es acudir ante la autoridad judicial, la decisión que ésta expida en el marco de un debido proceso, sea una medida cautelar o una sentencia, no creemos que pueda calificarse como un acto de censura previa. **Resulta, más bien, el ejercicio de la función jurisdiccional en la preservación o restablecimiento de cualquier derecho, destinado a dilucidar un conflicto generado por la colisión de dos derechos constitucionales.** Lo contrario conllevaría que nunca un juez o tribunal podrían evitar el ejercicio irregular o abusivo de la libertad de expresión e información, limitándose sólo a imponer sanciones de reparación ulterior de tipo indemnizatorio o penal, pretensión que nos parece francamente exagerada ya que no se confiere extensión similar a ningún otro derecho fundamental. Recordemos que incluso diversas constituciones europeas y latinoamericanas, de regímenes indudablemente democráticos, contemplan -bajo ciertos supuestos- el secuestro o incautación de publicaciones y medios de comunicación por mandato judicial, a pesar que también prohíben la censura previa, en la que no incluyen las resoluciones judiciales.

¿Por qué admitir como única interpretación posible de la Convención Americana de Derechos Humanos o de la Constitución Peruana que hayan tenido la intención de equiparar una decisión judicial -que busque impedir la violación del derecho a la intimidad a través de un uso indebido de la libertad de información- con un acto de censura previa?. Sostenemos pues que es factible compatibilizar la existencia de la justificada prohibición de la censura previa y la validez de un mandato judicial, restrictivo de la libertad de expresión o información, en caso de

notoria e indebida afectación de la intimidad personal o algún derecho fundamental de la personalidad.

Sabemos que existen países donde sus órganos judiciales carecen de credibilidad y son permeables a prácticas antidemocráticas o proclives al autoritarismo; pero ello no puede llevar a aceptar, como regla inquebrantable, fórmulas que conducen a descartar toda intervención judicial preventiva o correctiva en estos casos. Hacerlo sería “descalificar” a priori la actuación de los órganos jurisdiccionales, a pesar de estar estatuidos precisamente para controlar o corregir las violaciones de los derechos fundamentales perpetrada por cualquier autoridad o entidad pública o persona particular.

Proponemos, en definitiva, la compatibilidad con la Convención y la Constitución de una intervención judicial preventiva o correctiva, a través del amparo, que pueda disponer la suspensión temporal o prohibición de la difusión de ciertas informaciones por considerarlas violatorias de la intimidad personal y el derecho a la vida privada, siempre que no exista un legítimo interés público en su divulgación y conocimiento por terceros o que supongan el uso irregular o abusivo de la libertad de información. Esta opción, claro está, **cabría aplicarse por la autoridad judicial únicamente en casos excepcionales, donde la necesidad o justificación de preservar la reserva de ciertos hechos resulte socialmente prevaleciente, facultad que tendrían que manejar los jueces con especial prudencia y razonabilidad.**

Nos inclinamos por esta interpretación tanto por la distinta naturaleza que corresponde -a nuestro entender- a las decisiones judiciales frente a los actos de censura previa de las autoridades políticas o administrativas, como porque la encontramos preferible a cerrar toda posibilidad de actuación de la jurisdicción en este campo. Por lo demás, conviene recordar que si la decisión judicial resulta o se considera errada o arbitraria, siempre se podrá recurrir de ella ante las máximas instancias de la jurisdicción nacional; o, finalmente, ante la jurisdicción

internacional del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, para que ésta evalúe la pertinencia o justificación jurídica del fallo de los tribunales nacionales.

Si bien la preferencia por las libertades de expresión e información, sobre otros derechos con los que pudiera entrar en conflicto, resulta justificada por su papel fundamental para la vigencia de la democracia y las agresiones que sufrió durante regímenes políticos autoritarios, no creemos razonable otorgarles una prevalencia indiscriminada, sobre todo cuando no se trate de asuntos vinculados a la gestión de la función pública o que conlleven una afectación indebida o abusiva de la intimidad personal sin que medie un legítimo interés general o la veracidad informativa. El papel analítico y ponderador que corresponde al juez entre los intereses en pugna en un caso concreto, no creemos que pueda ser dejado de lado en nombre de una preferencia automática de la libertad informativa, menos aún en casos donde el juzgador aprecie un uso notoriamente abusivo de ésta.

Por lo demás, muchas veces la reparación ulterior que garantizan la Convención Americana y la Constitución a quienes sean afectados en sus derechos a la buena reputación, intimidad o propia imagen por el ejercicio indebido de las libertades de expresión e información, encuentra grados significativos de ineficacia que conduce al riesgo de desprotección. Y es que los medios de comunicación de corte sensacionalista, que son los que más recurren a estos excesos, suelen carecer de patrimonio sustantivo como para afrontar el pago de eventuales sentencias judiciales que impongan el pago de una indemnización reparadora a sus víctimas. Esta situación puede ser incluso más seria si la obligación indemnizatoria corresponde a un periodista individual. Existe pues un marcado desequilibrio entre la fácil configuración de agresiones indebidas a la intimidad o reputación, a través de un mal uso de la libertad de información, y la difícil posibilidad real de obtener al menos una reparación patrimonial de carácter indemnizatorio.

En un Estado de Derecho, el órgano judicial tiene un rol insustituible de impartición de justicia y protección de los derechos fundamentales. **Por ello no encontramos coherente reconocer y destacar la validez de un mandato judicial destinado a la protección de algún derecho constitucional en general, pero negarle validez y calificarlo de “censura previa” cuando pudiera afectar la libertad de información en resguardo de otro derecho fundamental igualmente relevante.** La fundada desconfianza ante posibles decisiones judiciales erradas o injustamente restrictivas de la libertad informativa, no creemos que sirvan de suficiente sustento jurídico para asemejarlos con actos de censura. No obstante, debemos tener presente que nuestro criterio no es el asumido, al menos por ahora, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Constitucional, ni siquiera con el carácter excepcional que aquí propugnamos.

3.4.4. La particularidad especial del derecho a la intimidad personal y su afectación.

Como señalamos en el capítulo anterior, al ocuparnos específicamente del contenido y alcances del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar o a la vida privada, su vulneración puede producirse tanto a través de la intrusión, injerencia o perturbación externa no autorizadas en estos ámbitos por parte de terceros (lo que incluye también a reporteros o agentes de un medio de comunicación), como ante la divulgación de informaciones sobre estos aspectos sin contar con el consentimiento de su titular.

El derecho a la intimidad personal y a la vida privada es pues uno de esos pocos derechos constitucionales (como el derecho a la vida, por ejemplo) **con una característica excepcional, que consiste en que sólo puede lograr una protección efectiva en el ámbito constitucional si la acción de garantía se interpone en forma preventiva**, es decir, antes de que se produzca su

vulneración. Y es que si el hecho o la información considerados íntimos salen de esa esfera personal o privada para ser conocidos por terceros, ya no existe protección o reparación factible por la vía constitucional. De un lado porque, por la propia naturaleza del derecho, una vez difundida y hecha de conocimiento público la información considerada íntima o privada, ya no habrá cómo retornarla al ámbito reservado o personal; de otro lado, porque la acción de amparo deviene en improcedente, por expreso mandato del Art. 6°, inciso 1) de la Ley N° 23506, cuando la violación del derecho a cesado o se ha convertido en irreparable en el plano constitucional.

De modo que luego de producida la vulneración de este derecho, sólo restaría reclamar una indemnización patrimonial (en la vía civil) o la sanción penal al agresor. La imposición de una reparación o de una pena, siempre serán una posibilidad para reclamar por el daño sufrido a un derecho, pero no cabe admitirse como el “camino” natural o inevitable cuando se trata de lograr una protección constitucional de tal derecho. Puede operar cuando ya no cabe el restablecimiento o reparación constitucional del derecho a la intimidad personal, **pero no como única alternativa** disponible. De lo contrario, quedarían descartados de plano los amparos preventivo y correctivo, condenando a este derecho a la indefensión constitucional.

Queremos resaltar que esta “fragilidad” del derecho a la intimidad personal y a la vida privada, frente a su vulneración y posibilidad de preservación efectiva, no se presenta respecto a otros derechos de la personalidad, como el honor o la buena reputación, que al menos pueden ser también objeto de protección constitucional mediante la rectificación, lo que no sucede respecto a la intimidad. De allí que el criterio de interpretación asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por nuestro Tribunal Constitucional, de considerar a un mandato judicial como una forma de censura previa, torna improcedente e ineficaz toda utilización del amparo (sea preventivo, correctivo o reparador) en defensa de la intimidad cuando es indebidamente vulnerada por el ejercicio

abusivo de las libertades de expresión e información. No encontramos fundamento constitucional razonable para relegar a este derecho a una protección devaluada, incluso en casos concretos donde el juez aprecie un uso notoriamente indebido de la libertad informativa. Ello conlleva, como ya lo dijimos, a la virtual indefensión, en sede constitucional, de este derecho fundamental de la persona y de una sociedad libre, lo que resulta una conclusión francamente alarmante.

3.5. LA APOLOGÍA DEL TERRORISMO Y LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.

Es admitido que, en un régimen democrático, no puede existir delito, sanción o persecución en razón de las ideas. Sin embargo, el asunto se ha tornado polémico cuando se busca determinar si dentro de tales ideas exentas de restricción o sanción cabe incluir las que suponen la difusión o propaganda de la exaltación de la violencia, del uso de métodos terroristas o de una alabanza a quienes los practican.

Conviene recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos, en el numeral 5 de su Art. 13°, establece que: “Estará prohibida por ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan instigaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. Se trata pues de un límite y una prohibición a la difusión de opiniones o expresiones que promuevan el odio o la violencia de cualquier tipo o hagan apología de éstas. La pregunta es entonces clara y decisiva: **¿Pueden considerarse dentro de tal proscripción las expresiones, opiniones o información calificables, por alguna legislación penal, como “apología del terrorismo”?**

El asunto ha adquirido relevancia jurídica y actualidad en el caso peruano, pues diversas normas de la legislación antiterrorista (vigentes, con algunos cambios, durante casi veinte años) contemplaban el delito de “apología del terrorismo”. En el conjunto de normas antiterroristas cuestionadas a través de una acción de inconstitucionalidad (Exp. 010-2003-AI/TC), se incluyó la que penalizaba la apología del terrorismo, produciéndose una sentencia del Tribunal Constitucional que declaró fundada en parte la demanda. En el punto IX de dicho pronunciamiento se señala:

35. *“El Decreto Ley N° 25475, en su artículo 7º, precisa que “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que, públicamente a través de cualquier medio hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido. El ciudadano peruano que cometa este delito fuera del territorio de la República, además de la pena privativa de libertad, será sancionado con la pérdida de la nacionalidad peruana.”*

36. *“El Decreto Ley N° 25880, en su artículo 1º, sanciona la apología de terrorismo realizada por docentes, en los siguientes términos: “El que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo, será considerado como autor de delito de traición a la Patria, reprimiéndosele con la pena máxima de cadena perpetua, quedando la pena mínima a discreción del Juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva. Asimismo será de aplicación la pena accesoria de inhabilitación conforme a los incisos 2), 4), 5) y 8) del artículo 36º del Código Penal”.*

La sentencia se ocupa luego de analizar la tipificación dada en la legislación cuestionada al delito de apología del terrorismo, señalando:

37. *“(…) la apología no consiste en un acto de instigación, pues no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito. (...), en el caso de la apología no existe un sujeto concreto receptor del apologista.”*

38. *“Si bien la apología no tiene por finalidad provocar nuevas acciones; sin embargo, su dañosidad social radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. (...).”*
39. *“Que, en abstracto, el legislador haya previsto como un ilícito penal la apología del terrorismo, no es, per se, inconstitucional, toda vez que se persigue, garantiza y protege otros derechos constitucionales, (...) a la par que bienes y valores constitucionalmente protegidos (...).”*
40. *“No obstante, (...) siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las libertades de información y expresión son consustanciales al régimen democrático-constitucional, pues contribuyen con la formación de una opinión pública libre. En consecuencia, al mismo tiempo de garantizarlas, el Estado está legitimado a reprimir a aquellas conductas que, con su ejercicio, busquen destruir el propio sistema democrático, ámbito natural donde es posible el goce y el ejercicio de todos los derechos fundamentales del ser humano. Sin embargo, aún en esos casos, la represión penal de esas manifestaciones u expresiones, deben realizarse con el escrupuloso respeto de los límites a los que el ius puniendi estatal está sometido, de tal manera que sus efectos intimidatorios no terminen por negar u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de estas libertades preferidas”.*

De todo ello el Tribunal Constitucional concluye que:

41. *“En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 7 del Decreto Ley N° 25475 y, por extensión, el artículo 1 del Decreto Ley N° 25880, son inconstitucionales en cuanto tipifican el delito de apología del terrorismo, en su versión genérica y agravada. En efecto, dichos tipos penales no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella. Ello constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y simultáneamente una violación*

de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades.

(...) detrás de tipos penales de esta naturaleza, en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno. Por ello, el Tribunal considera que, en el resguardo de esta libertades, los jueces del Poder Judicial deben ser especialmente sensibles en su protección, y por lo tanto, deberán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal.(...)”.

En consecuencia, el Tribunal consideró inconstitucional la penalización genérica de la apología del terrorismo, por violar los principio de legalidad y tipicidad en materia penal pero, en armonía con el Art. 13.5 de la Convención Americana, **interpretó que la apología si resulta válidamente sancionable cuando conlleva o supone también una forma de incitación al delito o instigación a la violencia o al terrorismo.** No sucedería lo mismo cuando se queda en el terreno de la mera opinión o no tiene destinatarios directos que serán incitados al terrorismo o a la realización de actos violentos.

CAPÍTULO IV

EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y LA PROTECCIÓN FRENTE A LA UTILIZACIÓN INFORMÁTICA DE LOS DATOS PERSONALES

4.1.- SURGIMIENTO, EVOLUCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO

Como señala Pablo Lucas Murillo, la denominación y configuración autónoma de un derecho a la autodeterminación informativa constituyen una realidad relativamente reciente¹. Su gestación ha sido producto, en lo esencial, de las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales, lo que no quiere decir que pueda desconocerse la existencia (dentro del derecho comparado) de diversas leyes e instrumentos normativos que progresivamente fueron ocupándose de tratar de brindar alguna protección jurídica a las personas frente a los peligros o perjuicios que pueden surgir a raíz del registro y circulación informatizada de sus datos personales.

Los orígenes de este nuevo derecho se vinculan al propio desarrollo de las nociones de protección de la intimidad y privacidad, aunque en períodos posteriores fue adquiriendo un perfil conceptual y alcances más diferenciados, al punto de convertirse en un verdadero derecho autónomo -a la autodeterminación informativa- que involucra la protección frente al registro y utilización informática ya no sólo de datos personales considerados íntimos o informaciones “sensibles”, sino también de otros datos que, a pesar de no tener estrictamente dicho carácter, igualmente merecen ser objeto de preservación, control y reserva.²

Como ya hemos señalado al ocuparnos del surgimiento y desarrollo del derecho

¹ Cf. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: “El derecho a la autodeterminación informativa”; TECNOS (Madrid, 1990): 25 pág.

² La noción de un derecho a la intimidad o privacidad, se refiere a la preservación de una esfera personal que involucra aspectos de índole íntima o vinculados a la vida privada personal y familiar, cuyo titular está interesado en mantener fuera del conocimiento, injerencia o intromisión de terceros, salvo que

a la intimidad personal, sus principales fundamentos filosóficos y conceptuales pueden encontrarse en el pensamiento liberal, sobre la base del afianzamiento de la libertad y la necesidad de preservar esferas personales de autodeterminación, exentas de injerencia externa. Pero su formulación y evolución moderna, conforme señalan Lucas Murillo y también Ekmekdjian y Pizzolo³, se desarrolla a partir de la noción del "right of privacy" producida en los Estados Unidos en la última década del siglo XIX. Un hito crucial en este proceso fue la definición del derecho a la privacidad como "the right to be let alone", es decir, el "derecho a ser dejado solo o en soledad" (o a no ser molestado ni perturbado) elaborada por el juez Cooley. Este concepto adquirió singular sustentación en un famoso trabajo de los juristas norteamericanos Samuel Warren y Louis Brandeis, publicado en la Revista de Leyes de la Universidad de Harvard el 15 de diciembre de 1890, con la finalidad primordial de defender la protección de la vida privada frente a la intromisión de la prensa y a evitar su difusión sin el consentimiento del afectado.

Un paso importante en la evolución y ampliación del concepto del derecho a la intimidad, lo constituye la expansión de su ámbito tradicional de protección, concebido como una "libertad negativa" para los demás (prohibición de la intrusión o injerencia de terceros) para abarcar también una dimensión de "libertad positiva", entendida como el control del titular de los aspectos considerados privados o íntimos y de decidir con autonomía sobre éstos. Ello permitirá involucrar dentro de la noción de intimidad el derecho de una persona a controlar y decidir con autonomía acerca de la utilización de datos o informaciones relacionadas con su intimidad o privacidad personal. De allí se pasará luego a individualizar este nuevo derecho, definido como autodeterminación informativa o libertad informática.

Francisco Zúñiga realiza una apretada e interesante síntesis de este proceso evolutivo, mediante el cual se extienden los límites tradicionales del derecho a la intimidad para posibilitar el surgimiento de una "libertad positiva" que permite la aparición de un derecho a la autodeterminación informativa. Así, señala que:

se haga en virtud de su propio consentimiento.

³ Cf. EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL y PIZZOLO (h.), CALÓGERO: "Hábeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática"; Depalma; Buenos Aires (1996); y, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO; obra citada; Págs. 57 a 62.

“En consecuencia, la ligazón “privacy-property right” propia del “individualismo posesivo” (Macpherson) está obsoleta ya en la teorización de Warren y Brandeis, que además tiene la virtud de separar la privacy del derecho al honor. En la actualidad el derecho a la intimidad conserva su núcleo original de libertad negativa (Berlin) o estatus libertatis de “obrar o no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos” (Bobbio), y absorbe una dimensión de autodeterminación de la persona, libertad positiva o estatus que confieren al sujeto el poder de “orientar su voluntad hacia un objetivo de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros”(Bobbio). El derecho a la intimidad, en concreto su garantía procesal de Hábeas Data, es concreción de una libertad positiva, denominada libertad informática o derecho de autodeterminación informativa (Pérez Luño, Lucas Murillo, Losano)”⁴.

Fue aproximadamente recién desde 1960, como reacción al vertiginoso desarrollo tecnológico, que se traduce en nuevos sistemas informáticos, electrónicos y telemáticos, que en los Estados Unidos y en Gran Bretaña se empiezan a promover proyectos legislativos que, dando un nuevo giro o extensión al concepto de derecho a la privacidad, se refieren a la protección de la libertad y esfera personal frente a posibles excesos del registro informatizado o difusión de datos e informaciones vinculadas a aspectos reservados o íntimos. Se suelen así señalar como esfuerzos iniciales la ley del Land de Hesse en Alemania, del 7 de octubre de 1970, que regulaba las bases de datos de su administración, y la ley sueca sobre Protección de Datos, de mayo de 1973; luego llegarían la "Privacy Act" norteamericana del 31 de diciembre de 1974, la "Data Protection Act" británica de 1984, y la Ley Orgánica 5/1992 española, denominada "Regulación del tratamiento automatizado de datos".

Un aspecto decisivo en esta evolución, lo constituyó la comprobación de la

⁴ ZÚÑIGA, FRANCISCO: “El derecho a la intimidad y sus paradigmas”; en, “Derecho a la autodeterminación informativa y acción de Hábeas Data en Iberoamérica”; revista IUS et PRAXIS, año 3 N° 1 (1997); Universidad de Talca, Chile; págs. 288-289. Este trabajo también ha sido publicado en “DERECHO” N° 51 (diciembre 1997); revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

capacidad virtualmente ilimitada de almacenamiento de datos -incluso personales- en las computadoras y los sistemas informáticos, así como la posibilidad de sistematizar y establecer correlaciones entre dicha información, de recuperarla y difundirla ampliamente con facilidad y sin control. Ello hizo percibir los riesgos para la libertad, la intimidad, la identidad personal y para el ejercicio y protección de otros derechos, que esta situación y la nueva realidad creada podían generar.

En el caso de los Estados Unidos, se menciona como un antecedente y avance importante la Fair Credit Reporting Act, del 26 de octubre de 1970, que -aunque no se refiere al tratamiento informatizado de datos- establece principios para el recojo, almacenamiento y transmisión a terceros de informes sobre la solvencia personal, profesional o económica de las personas y los derechos de los afectados para asegurar su protección. Esta norma reconoce el derecho del afectado al conocimiento de la información sobre él y la obligación de la empresa a suministrarla; pudiendo acceder al contenido de la información, las fuentes de su obtención y los receptores de la misma. Se agrega que cuando los informes de la agencia provengan de registros públicos, que puedan afectar las posibilidades del interesado de obtener empleo, deberá comunicársele su transmisión a terceros y verificar la fidelidad y actualización de los datos.

En 1973, el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos, elaboró el estudio "Records, Computers and the Rights of Citizens, que fijó como pautas: a) que el público debe estar informado de la existencia de sistemas de archivo de datos personales; b) el derecho de las personas a acceder a los expedientes que los afectan, sea para corregir la información inexacta o para controlar su veracidad; y, c) que se incremente la cautela para asegurar la veracidad de la información y prevenir su buen uso.⁵

Posteriormente, la Privacy Act de 1974, recogiendo los aportes de las normas precedentes, resolvió: a) restringir la utilización de los datos personales y requerir a las agencias públicas la creación de un registro donde se haga constar que la información

⁵ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: obra citada; págs. 126 y 127.

ha sido facilitada conforme a la ley y que identifique a sus receptores; b) restringir el recojo y conservación de información personal, obligando al gobierno a obtenerla directamente del interesado, cuando sea posible, a comunicarle el uso que le va a dar, así como a conservar únicamente aquella información pertinente y necesaria para las funciones de la agencia; c) conferir al interesado el derecho de acceso, rectificación y a obtener una copia de los datos, pudiendo acudir al órgano judicial frente a las decisiones de la Administración.⁶

También comentando lo más relevante del contenido de la Privacy Act, Pierini, Lorences y Tornabene⁷, destacan: a) la prohibición de la existencia de bancos de datos secretos sobre información personal; b) la posibilidad de la persona de conocer qué información existe acerca de él y cuál es el uso que se le va a dar; c) la posibilidad de corregir o ratificar tal información; d) la prohibición de utilizar la información personal sin el consentimiento del afectado para un fin diferente a aquél para el que fue recopilada; e) toda organización que recoja, use o distribuya información personal, debe adoptar todas las medidas necesarias para asegurar su veracidad y fiabilidad, así como para prevenir posibles abusos de la misma.

De acuerdo a las recomendaciones de la “Comisión de Estudio sobre la Protección de la Intimidad”⁸, conformada en los Estados Unidos a partir de la aprobación de la “Privacy Act”, los principios que deben guiar la protección de la libertad e intimidad personal en una sociedad democrática son:

- *“El reconocimiento a cada individuo del derecho a acceder a la información personal que le afecte, especialmente a la existente en los bancos de datos informatizados.*

- *El reconocimiento a cada individuo del derecho a controlar, de forma razonable, la transmisión de la información personal que le afecte.*

⁶ Ibídem: págs. 127 y 128.

⁷ Cf. PIERINI ALICIA, LORENCES VALENTÍN, TORNABENE MARÍA INÉS: “Hábeas Data: Derecho a la Intimidad”; Editorial Universidad (Buenos Aires; 1998); Pág. 44.

⁸ Cf. Privacy Protection Study Commission; en, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO; obra citada; Págs. 115-116.

- *La necesidad que las leyes definan: a) la limitación del período de tiempo por el que se pueden conservar los datos personales; b) la definición de los objetivos para que pueda usarse esa información, que deberán declararse desde el momento del recojo de datos; c) garantías para hacer efectiva la calidad de los datos personales, es decir, su veracidad, integridad y actualidad; d) la prohibición de revelación de datos personales”.*

Ciertamente aquí aparecen explicitados, de manera más específica, los que podrían considerarse como criterios medulares de la ulterior protección de los datos personales frente a su utilización por los sistemas informatizados, verdadero núcleo del nuevo derecho a la autodeterminación informativa. Esta existencia autónoma de dicho derecho, se termina de perfilar con lo establecido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su sentencia del 15 de diciembre de 1983, sobre la Ley del Censo de 1982, donde permite distinguir que **lo protegido no es la intimidad en su sentido estricto o tradicional, sino la intimidad informativa y la autodeterminación informática**, cuando establece:

“La facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida (...) La libre eclosión de la personalidad presupone, en las condiciones modernas de la elaboración de datos, la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitadas de los datos concernientes a la persona(...).

De este modo, un dato en sí mismo carente de interés puede cobrar un nuevo valor de referencia y, en esta medida, ya no existe bajo las condiciones de la elaboración automática de datos, ninguno “sin interés”. A consecuencia de lo que antecede, el grado de sensibilidad de las informaciones ya no depende únicamente de sí afectan o no a procesos de la intimidad. Hace falta, más bien, conocer la relación de utilización de un dato para poder determinar sus implicaciones para el derecho de la personalidad. Sólo cuando reine la claridad

sobre la finalidad con la cual se reclaman los datos, y qué posibilidades de interconexión y de utilización existen, se podrá contestar la interrogante sobre la licitud de las restricciones del derecho a la autodeterminación informativa”⁹.

En el caso de Europa, merece especial mención la Ley Federal de Protección de Datos de Alemania, del 27 de enero de 1977, cuyas disposiciones no sólo rigen para las entidades públicas sino también para las empresas privadas dedicadas a estas actividades. Dicha norma establece un decálogo de principios y criterios de seguridad en este campo, siendo éstos:

1. *“Impedir a las personas no autorizadas el acceso a los aparatos con que se elaboran datos personales.*
2. *Impedir que quienes llevan a cabo la elaboración de datos personales, puedan transportar sin autorización los soportes que los recogen*
3. *Impedir la inserción no autorizada de datos personales en la memoria, al igual que el conocimiento, modificación o cancelación de los datos memorizados.*
4. *Impedir la utilización por personas no autorizadas de sistemas de tratamiento de datos de los cuales o a través de los cuales se transmitan informaciones personales por medio de dispositivos autónomos.*
5. *Asegurar que las personas autorizadas para operar sistemas de elaboración de datos mediante dispositivos autónomos, sólo puedan acceder a aquellos datos objeto de la autorización.*
6. *Asegurar que se pueda controlar y verificar posteriormente a qué centros se pueden transmitir datos personales mediante dispositivos autónomos.*

9 Cf. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: obra citada; págs. 122-123.

7. *Asegurar que se pueda verificar y controlar posteriormente qué datos personales han sido introducidos en un sistema de elaboración de datos, cuándo y por quién.*
8. *Asegurar que los datos personales elaborados a requerimiento de terceros, sólo se traten de acuerdo con las instrucciones del requirente.*
9. *Asegurar que en la transmisión de información personal, así como en el transporte de los soportes respectivos, aquélla no pueda ser leída, modificada o cancelada.*
10. *Orientar la organización empresarial, interna y externa, de manera adecuada a las particulares exigencias de la protección de datos”.*¹⁰

Con respecto a Gran Bretaña, destacar los aportes realizados en el Younger Report de 1972 y el Data Protection Committee, que sirvieron de base a la Data Protection Act de 1984, la cual enuncia los ocho principios que han de guiar su interpretación, siendo éstos:

1. *“Los datos personales han de recogerse y preservarse con lealtad y legalmente.*
2. *Los propósitos para que se recogen datos personales deben ser legales y han de especificarse.*
3. *El uso y revelación de datos personales han de ser compatibles con los propósitos para los que se conservan los datos.*
4. *La calidad y extensión de los datos, deben ser adecuadas, pertinentes y proporcionadas a los propósitos para los que se conservan.*

¹⁰ *Ibídem*: Págs. 132-133.

5. *Los datos personales deben ser precisos y deben actualizarse cuando sea necesario.*
6. *No se pueden conservar los datos personales más tiempo que el estrictamente necesario para la conservación del propósito perseguido.*
7. *Toda persona tiene derecho, en intervalos razonables y sin retrasos ni gastos injustificados, a ser informado por quien los maneja de si conserva datos suyos y a acceder a tales datos. También a rectificar o cancelar dichos datos cuando sea preciso.*
8. *Es preciso adoptar medidas de seguridad adecuadas para proteger los datos personales contra el acceso no autorizado, su alteración, revelación o destrucción o su pérdida accidental”¹¹.*

En el caso de España, tras la incorporación constitucional (en 1978) del derecho a la protección frente al uso informático de los datos personales, fue recién en octubre de 1992 que se dictó la ley orgánica 5/1992, Ley Orgánica del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD). Conviene destacar que, en la Exposición de Motivos de la norma, se precisa la necesidad de preservar la privacidad más que la intimidad personal, en el entendido que aquélla es más amplia que ésta en cuanto al tipo y contenido de los datos protegidos. Establece un ente especial e independiente, dotado de personería pública, denominado Agencia de Protección de Datos, a quien encomienda el control de la aplicación y cumplimiento de la norma. En el art. 7° se ocupa de los datos especialmente protegidos, con respecto a lo cual considera:

- a) *Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del interesado, pueden ser objeto de tratamiento automatizado los datos personales que revelan la ideología, religión y creencias.*
- b) *Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la*

salud y a la vida sexual, sólo podrán ser recabados, tratados automatizadamente y cedidos, cuando por razones de interés general así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.

- c) *Queda prohibida la creación de ficheros automatizados dedicados exclusivamente a almacenar información personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual.*
- d) *Los datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas, sólo podrán ser incluidos en ficheros automatizados de las Administraciones Públicas competentes, según sus respectivas normas reguladoras.*¹²

En resumen, a lo largo de esta evolución podemos observar que **el derecho a la autodeterminación informativa supone la protección de los datos personales tanto mediante la prohibición del registro de los datos de tipo íntimo o sensible, como a través de la rigurosa regulación del recojo, elaboración, almacenamiento y transmisión de los datos restantes; a fin de garantizar su veracidad y proporcionalidad con relación al fin para el que se obtienen, así como el control de los interesados sobre la información que los afecta.** Para ello se reconoce a las personas los derechos de acceso, rectificación y supresión de datos; se adoptan medidas de seguridad para evitar las alteraciones indebidas de la base de datos, se restringe su uso sólo para el propósito expuesto en su recojo, se procura excluir la intromisión de terceros no autorizados y se conservan únicamente en tanto sea preciso para el propósito perseguido y autorizado.¹³

Tal como afirma Fernández Segado, retomando lo expuesto por Frosini:

"Al poder social informático se ha contrapuesto la "libertad informática". Ésta ya no es el antiguo right of privacy como derecho a la intimidad entendido como separación y defensa del individuo frente a la sociedad; es un nuevo derecho

¹¹ *Ibídem*: Págs. 137-138.

¹² PIERINI, LORENCES y TORNABENE: obra citada; Pág. 57.

social de libertad; no es ya únicamente el derecho a negar la información sobre sí mismo, sino también el derecho a pretenderla. La libertad informática se nos perfila así como un derecho de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática; o, lo que es igual, de consentir, controlar y, en su caso, rectificar los datos personales concernientes a la propia personalidad (...)
En definitiva, si el derecho a la intimidad no agota su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión, mucho menos aún lo hace el derecho a la libertad frente a las agresiones provenientes de un uso ilegítimo de la informática, que nos ofrece un contenido positivo en forma de control sobre los datos relativos a la propia persona, esto es, un derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático".¹⁴

Para terminar este recuento, queremos mencionar la Ley Orgánica 15/1999, nueva norma española sobre la materia dictada en diciembre de 1999, denominada "De Protección de Datos de Carácter Personal". Dentro de sus aspectos más relevantes, podemos señalar que dicha norma es de aplicación a los ficheros referidos a: régimen electoral, registros de fines exclusivamente estadísticos, registros sobre informes y régimen del personal de las Fuerzas Armadas, Registro Civil, Registro Central de Penados y Rebeldes, los procedentes de imágenes y sonidos captados por videocámaras de las Fuerzas de Seguridad (Art. 3º). La norma sobre protección de datos no será aplicable a los archivos y ficheros mantenidos por personas físicas para fines exclusivamente personales o domésticos, a los ficheros sometidos a la normativa sobre materias clasificadas, así como los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de las formas graves de delincuencia organizada. En este último caso, no obstante, el responsable del fichero sobre terrorismo deberá informar de su existencia, características básicas y finalidad a la Agencia de Protección de Datos (Art. 2º).

En el Art. 7º de la citada norma se señalan los datos especialmente protegidos, indicando que sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán

¹³ Cf. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: obra citada; Pág. 139.

¹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: "El régimen jurídico del tratamiento automatizado de datos de carácter personal en España"; en, "DERECHO" N° 51 (diciembre de 1997), Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Págs. 9 y 23.

registrarse y tratarse datos personales que revelen la ideología, religión, afiliación sindical o creencias. Cuando se solicite tal consentimiento, deberá informarse al afectado su derecho a denegarlo. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual, sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando por razones de interés general así lo disponga una ley o lo consienta expresamente el afectado. La ley reconoce a las personas los derechos de consulta, acceso, rectificación y cancelación de datos, así como al conocimiento y oposición a la transmisión de datos. El acceso será gratuito si se ejercita en intervalos no inferiores a 12 meses (Art. 15°).

Quienes sufran daños o perjuicios debido al incumplimiento de las normas dispuestas en la ley, por parte de las entidades titulares de ficheros o registros, tendrán derecho al pago de una indemnización. Los ciudadanos tienen derecho a no verse afectados por decisiones jurídicas basadas sustancialmente en informaciones de datos que permitan evaluar aspectos de su personalidad. El afectado podrá impugnar actos administrativos o decisiones privadas que impliquen valoración de su comportamiento y que se fundamenten únicamente en el tratamiento de datos que ofrezcan una descripción de sus características o personalidad (Art. 13°). La ley regula tanto los ficheros de titularidad Pública como Privada. En el caso de estos últimos, se establece que podrán crearse ficheros de datos personales cuando resulten necesarios para el logro de la actividad u objetivos legítimos de la empresa, persona o entidad titular, en tanto se respete la ley y las protecciones que dispone para las personas (Art. 17°). Su creación deberá ser informada a la Agencia de Protección de Datos, sometiéndose a la reglamentación que ésta establece y proporcionando la información requerida por la ley.

4.2. EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA, SU INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL Y EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

La incorporación del derecho a la autodeterminación informativa al rango

constitucional o en pactos e instrumentos internacionales es bastante reciente, como no podía ser de otro modo por su también reciente configuración como un derecho autónomo, dotado de contenido y alcances propios. Esta incorporación se ha hecho de distintas maneras, en unos casos sin conferirle una denominación específica al referido derecho, en otros denominándolo “**HÁBEAS DATA**” y, en otros casos, refiriéndose a la protección y regulación del uso de los datos personales.

Fue la **Constitución Portuguesa** de 1976, la primera en recoger al nivel constitucional este derecho, cuyo artículo 35° establecía:

1. *“Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que consta en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización.*
2. *No se podrá utilizar la información para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando de trate de la elaboración no identificables para fines estadísticos.*
3. *Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos”.*

Merecen destacarse el reconocimiento a los derechos de acceso, rectificación y actualización de los datos personales, así como a conocer la finalidad a la que se destinan, a pesar que la referencia a su registro mecanográfico nos recuerda la ubicación preinformática de la norma. También es importante la exclusión de ciertos datos íntimos o sensibles, a menos que se utilicen de manera no individualizable con fines estadísticos. Por último la prohibición de asignación de un número nacional único a cada ciudadano, revela la preocupación por la interrelación o interconexión que se pueda realizar de diversos datos personales de un ciudadano y la utilización que se haga de esta información.

Posteriormente, con ocasión de las **reformas de la Constitución Portuguesa**

de 1982 y de 1989, dicho artículo 35° fue objeto de alguna actualización y añadidos, quedando redactado en los términos siguientes:

1. *"Todos los ciudadanos tienen el derecho de tener conocimiento de los datos existentes en los ficheros o registros informáticos que les afecten y del fin al que se destinan, pudiendo exigir su rectificación y actualización, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley sobre el secreto de Estado y el secreto de la justicia.*
2. *Se prohíbe el acceso de terceros a ficheros y registros informáticos que contengan datos personales y la interconexión de tales ficheros, salvo en los casos excepcionales previstos por la ley.*
3. *La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate del procesamiento de datos estadísticos que no permitan la identificación individual.*
4. *La ley define el concepto de datos personales a efectos del registro informático, así como las bases y bancos de datos y las respectivas condiciones de acceso, constitución y utilización por entidades públicas y privadas.*
5. *Se prohíbe la atribución de un número nacional único a los ciudadanos.*
6. *La ley define el régimen aplicable a los flujos de datos transfronterizos, estableciendo formas adecuadas de protección de los datos personales u otros cuya salvaguarda se justifique por razón de interés nacional".*

También la **Constitución Española de 1978** estableció, en su art. 18.4, que "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". A su vez, en su art.

105, b), asegura "el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de la persona".

La **Constitución de Holanda** establece en su artículo 10°:

"1. Todos tienen derecho, salvo las limitaciones que se establezcan por o en virtud de la ley, al respeto de su intimidad personal y familiar.

2. La ley establecerá normas para proteger la intimidad personal y familiar en relación con el registro y el suministro de datos personales.

3. La ley regulará el derecho de las personas a tomar conocimiento de los datos registrados sobre ellas y del uso que se hace de los mismos, así como a la rectificación de dichos datos".

En el ámbito latinoamericano, fue la **Constitución Brasileña de 1988**, en su art. 5°, inc. LXXII, la primera en abordar estos temas, pero -sobre todo- también la primera en "bautizar" constitucionalmente a este derecho como "hábeas data"; se señala a la Ley 824 del Estado de Río de Janeiro como un antecedente en este campo¹⁵. Dicha norma dispone:

"Se concederá hábeas data:

- a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona de quien lo pide, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público;*
- b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo en proceso reservado judicial o administrativo".*

¹⁵ Cf. AFONSO DA SILVA, JOSE: "Curso de Direito Constitucional Positivo"; Editora Revista dos Tribunais (1991); Págs. 390 a 393.

Conforme señala el profesor Dalmo Dallari¹⁶, los constituyentes brasileños se inspiraron directamente en la Carta Portuguesa y en la misma intención que llevó a éstos a incorporar la figura del hábeas data, que no era otra que brindar acceso a los ciudadanos acerca de la información almacenada en los registros de la policía política portuguesa durante la dictadura de Salazar. Los brasileños, al salir de un largo período de regímenes militares autoritarios, también querían conocer los datos personales consignados en los registros del Servicio Nacional de Información así como ciertos detalles vinculados a los presos políticos. Anota Dallari dos interesantes problemas surgidos en la aplicación de esta norma por los tribunales de su país.

- El primero se refiere a quién puede solicitar el hábeas data, con respecto a lo cual los tribunales (siguiendo lo expuesto por el profesor Afonso da Silva, para quien se trata de un derecho personalísimo que muere con la persona de su titular) han interpretado que cuando la Constitución indica que esta acción es para conocer información respecto de la persona del peticionante, sólo éste (y nadie más) puede requerirla. Cuestiona Dallari este criterio, pues ha denegado solicitudes de la madre del hijo fallecido, por ejemplo, atentando contra el derecho de los deudos a preservar la memoria de su familiar.
- El segundo se refiere a la negación de ciertas informaciones, alegando que tienen carácter reservado, con base al inciso XXXIII del art. 5° de la Carta, que aunque consagra el derecho de todos a obtener información de los órganos públicos sobre aspectos de su interés o de interés general, excluye expresamente aquélla donde la preservación del sigilo sea indispensable para la seguridad del Estado o la Sociedad. Coincidimos con Dallari cuando cuestiona la aplicación de este razonamiento, pues mientras la norma comentada se refiere al derecho genérico de acceso a información pública, donde el establecimiento de informaciones reservadas o excluidas es

¹⁶ Cf. DALLARI, DALMO DE ABREU: "El hábeas data en Brasil"; en, "Derecho a la autodeterminación informativa y hábeas data en Iberoamérica"; revista *Ius et Praxis*, año 3, N° 1; Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (1977) Chile; Pág. 72. Asimismo su trabajo "O habeas data no sistema juridico brasileiro", publicado en la Revista "DERECHO" N° 51, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (diciembre de 1997); Págs. 95 a 113.

justificado; el hábeas data se sustenta en otra norma expresa (el inciso LXXII) que no contempla ninguna información restringida, pues se trata de datos personales vinculados a quien los solicita, para los que no puede admitirse la existencia de secretos de los órganos estatales¹⁷.

La **Constitución Colombiana de 1991**, ha establecido en su art. 15° que todas las personas tienen derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre, con la obligación del Estado de respetarlos y hacerlos respetar. Agrega luego: *"De igual modo, tienen derecho 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. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución"*.

Anota Eduardo Cifuentes¹⁸, ex magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, que dicho tribunal:

"en un primer momento, no dudó en acomodar conceptualmente el hábeas data dentro del ámbito del derecho a la intimidad. En esa oportunidad, se precisó que la intimidad se proyectaba en dos dimensiones: como secreto de la vida privada (sentido estricto) y como libertad (sentido amplio). La primera dimensión ofrecería la visión tradicional de la intimidad, marcadamente individualista y portadora de facultades de exclusión de signo negativo. La segunda conferiría a la intimidad el carácter de libertad pública y la habilitaría para enfrentar las amenazas que en el mundo moderno se ciernen sobre ella. Concluye la Corte, que en las nuevas condiciones creadas por la emergencia de sofisticadas tecnologías, la intimidad adquiere más y más objetiva naturaleza política como que apunta a lograr un justo equilibrio en la distribución del poder de la información y no exclusivamente, como en el pasado, a garantizar los apetitos de soledad de una persona.

¹⁷ Ibídem: obras citadas, Págs. 76 a 79 y 103 a 111, respectivamente.

¹⁸ CIFUENTES, EDUARDO: "El Hábeas Data en Colombia"; en, "Derecho a la autodeterminación informativa y acción de hábeas data en Iberoamérica" (obra citada); págs. 87-88. Este trabajo también ha sido publicado en "DERECHO" N° 51 (obra citada) PUCP.

Posteriormente, en la sentencia de unificación jurisprudencial SU-082 del 1° de marzo de 1995, la Corte rectificará el anterior criterio y atribuiría al hábeas data una configuración autónoma y propia como quiera que, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, el hábeas data está expresamente establecido en la Constitución. Es esta ocasión la Corte señaló que el núcleo esencial del Hábeas Data estriba en la defensa del derecho a la "autodeterminación informativa", en cuya virtud la persona a la cual se refieren los datos que reposan en un archivo público o privado está facultada para autorizar su conservación, uso y circulación".

A su turno, la **Constitución del Paraguay de 1992**, en su art. 135°, establece expresamente el hábeas data y dispone: "*Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos*".

Como acertadamente señala Sagüés¹⁹, la novedad principal de la norma paraguaya (por lo demás bastante completa en su regulación del hábeas data) radica en que no sólo comprende dentro de la protección de este instituto los consabidos derechos personales como privacidad, no discriminación, reserva sobre convicciones políticas o religiosas; sino también derechos personales de índole patrimonial, referidos a información o datos sobre bienes.

Más recientemente, la **Constitución Argentina** -con la reforma aprobada en 1994- regula expresamente en el art. 43° el hábeas data, estableciendo:

"Toda persona puede interponer esta acción para tomar conocimiento de los

¹⁹ Cf. SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO: "Hábeas Data: su desarrollo constitucional"; en, "Lecturas Constitucionales Andinas" N° 3; Comisión Andina de Juristas; (Lima, 1994) ; pag. 96.

datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

Sostiene Néstor Sagüés que este hábeas data es una especie de “amparo informático o informativo”, que tiene cinco finalidades principales: “a) acceder al registro de datos; b) añadir datos omitidos o actualizar los datos atrasados (v.gr. si una persona que aparece como procesada ha sido sobreseída); c) corregir datos inexactos; d) asegurar la confidencialidad de ciertos datos legalmente colectada, pero que no debería trascender a terceros (v. gr. balances presentados por una corporación ante un organismo fiscal, pero que no tendrían que suministrarse a empresas rivales); e) cancelar datos que hacen a la llamada “información sensible” (ideas religiosas, políticas o gremiales, comportamiento sexual, etc.) potencialmente discriminatoria o que perfora la privacidad del registrado”²⁰.

Siguiendo estos lineamientos, el profesor Néstor Sagüés ha confeccionado una sugerente y útil clasificación de “diversos tipos” de hábeas data²¹, en los que consigna:

- Informativo, que está destinado a recabar información existente en archivos o bancos de datos públicos o privados dedicados a brindar informes. Éste, a su vez, puede ser “exhibitorio”, para acceder al archivo y saber qué se ha registrado; “finalista”, para conocer para qué y para quién se registran los datos; y “autoral”, para inquirir quién obtuvo los datos (productor, gestor y distribuidor) salvo cuando se trata de las fuentes periodísticas.
- Aditivo, que procura actualizar datos o incluir informaciones omitidas.
- Rectificador, para corregir errores.

²⁰ SAGÜÉS NÉSTOR PEDRO: “El hábeas data en Argentina (orden nacional)”; en, “Derecho a la autodeterminación informativa y la acción de hábeas data en Iberoamérica”; obra citada; Pág. 138. Este trabajo también ha sido publicado en “DERECHO” N° 51; obra citada; Págs. 177 a 191.

²¹ Ibídem: Págs. 143 a 145 y 184 a 186.

- Reservado, que si bien mantiene el dato en el registro, busca asegurar su sigilo o confidencialidad a fin de que se utilice únicamente para los fines legalmente contemplados.
- Cancelatorio o exclutorio, que propugna suprimir del registro la información o datos de carácter “sensible”, por ser su almacenamiento violatorio de la intimidad y privacidad, como fuente de potencial discriminación.

En la **Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires** (del 1° de octubre de 1996) se regula, en su art. 16°, el hábeas data con un texto bastante exhaustivo en el contenido y alcances del instituto²², señalando:

“Toda persona tiene, mediante una acción de amparo, libre acceso a todo registro, archivo o banco de datos que conste en organismos públicos o en los privados destinados a proveer informes, a fin de conocer cualquier asiento sobre su persona, su fuente, origen, finalidad o uso que del mismo se haga.

También puede requerir su actualización, rectificación, confidencialidad o supresión, cuando esa información lesione o restrinja algún derecho.

El ejercicio de este derecho no afecta el secreto de la fuente de información periodística”.

Como señalan Ekmekdjian y Pizzolo²³, estos desarrollos doctrinarios y normativos fueron configurando un nuevo término y una suerte de derecho autónomo conocido como "**libertad informática**", un derecho que "*tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a la información que les concierne, archivada en bancos de datos. Esto es el hábeas data: un instrumento para controlar la*

²² OSCAR RAÚL PUCCINELLI ofrece un muy interesante análisis comparado, bajo el título “Hábeas data en las provincias argentinas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, publicado en “DERECHO n° 51, obra citada; Págs. 149 a 176.

²³ EKMEKDJIAN y PIZZOLO: Op. Cit; Pág. 23.

calidad de ellos, corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su posible transmisión".

Consideramos de interés mencionar que el Congreso Argentino, con el acuerdo de ambas cámaras, aprobó (en octubre de 1996) un proyecto de ley de desarrollo constitucional para la regulación del hábeas data y la protección de datos personales; sin embargo, no llegó a convertirse en ley pues fue objeto de veto del Presidente de la República. Algunos aspectos a resaltar de dicha propuesta legislativa son los siguientes²⁴:

- Busca proteger los datos personales (incluso de personas ideales, en tanto resulte aplicable) almacenados en archivos, registros, bancos de datos y otros, electrónicos o manuales, para garantizar el honor y la intimidad, así como el acceso a la información que guardan.
- Define como datos personales sensibles aquellos que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales; información referente a la salud o conducta sexual, filiación sindical.
- Considera tratamiento de datos, las operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permiten la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción y, en general, el procesamiento de datos de carácter personal, así como su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias.
- Establece que la licitud de los archivos y bancos de datos personales está condicionada a su inscripción. Los datos deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos con respecto a la finalidad para que fueron obtenidos. La recolección de datos no puede efectuarse en forma desleal ni fraudulenta.

²⁴ El proyecto aparece recogido en la obra de PIERINI, LORENCES y TORNABENE, ya citada; Págs. 95 a 112.

- Para el tratamiento lícito de datos personales, se requiere el consentimiento expreso y escrito del titular. No se requerirá el consentimiento cuando los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto, cuando se recaben para el ejercicio propio de los poderes del Estado; si se trate de listados cuyos datos se limiten a consignar nombre, ocupación, domicilio, fecha de nacimiento y número de teléfono; si deriven de una relación contractual y resulten necesarios para su cumplimiento; cuando se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes.
- Dispone que ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles. Estos sólo pueden ser recabados u objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley; o para finalidades estadísticas o científicas, cuando no puedan ser identificados sus titulares. Los datos relativos a antecedentes penales sólo pueden ser objeto de tratamiento por las autoridades públicas competentes.
- Con respecto a datos vinculados a la salud, establece que los hospitales, instituciones sanitarias y profesionales médicos pueden recabar y tratar datos relativos a la salud física o mental de los pacientes que acuden a dichos lugares o han sido atendidos por éstos, debiendo respetar los principios del secreto profesional.
- Las personas que intervengan en cualquier fase de tratamiento de datos personales, están obligadas a mantener el secreto profesional respecto de los mismos, aún después de culminar su relación con el titular del archivo de datos.
- Se reconoce al titular de datos personales el derecho de obtener información sobre la existencia de archivos y su finalidad; de acceder a su contenido, lo que supone proporcionarle todo el registro de datos que lo involucra, aunque

se haya solicitado sólo sobre aspectos parciales, pudiendo el interesado señalar si desea esta información por escrito, por medios telefónicos, electrónicos, de imagen u otro idóneo. Se reconoce también los derechos de rectificación, actualización, supresión e imposición de confidencialidad de datos personales.

- Cuando los particulares formen registros o bancos de datos que no sean de uso exclusivamente personal, éstos deberán estar inscritos. Cuando se trate de prestación de servicios de tratamiento de datos personales, éstos deberán utilizarse sólo para los fines contractuales y no podrán ser cedidos a otras personas, debiendo destruirse luego salvo que medie autorización para conservarlos por razones de uso.
- Tratándose de prestación de servicios de información crediticia, sólo pueden registrarse datos personales de carácter patrimonial relativos a solvencia económica y al crédito, obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento. Pueden incluirse datos referidos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de contenido patrimonial, proporcionados por el acreedor o por quien actúa por su interés.

No deja de ser digno de reflexión que, en los últimos años, los proyectos de ley de desarrollo y regulación de este derecho aprobados por los Congresos de Colombia y Argentina hayan quedado sin entrar en vigencia, sea por declaración de inconstitucionalidad, debido a razones formales, o por veto presidencial, respectivamente. Y que en Chile²⁵, el tema haya sido objeto de un prolongado debate en el parlamento. Ello revela que el tema no sólo tiene complejos problemas de orden

25 Cf. "Derecho a la autodeterminación informativa y acción de hábeas data en Iberoamérica"; obra citada (Universidad de Talca). Esta muy interesante publicación, surgida de un seminario internacional promovido en dicha universidad chilena, recoge los planteamientos sobre el tema de un conjunto de distinguidos especialistas chilenos, tales como HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, TOMÁS VIAL, JOSÉ ANTONIO VIERA, FRANCISCO CUMPLIDO, JAIME GUERRERO, EDUARDO MEINS, FRANCISCO ZÚÑIGA, EMILIO PFEFFER y CHRISTIAN SUÁREZ; quienes también comentan el contenido de un proyecto de ley entonces en trámite ante el Parlamento de Chile. Los trabajos de Suárez y de Zúñiga también están publicados en "DERECHO N° 51 (PUCP).

técnico sino –sobre todo- que concita controversia y conflictos de criterios y de ópticas al momento de intentar compatibilizar los intereses de “los registradores” y de “los registrados”, del libre flujo de información y de la preservación de la autodeterminación informativa personal, de la búsqueda de información y registro por parte de entidades públicas y privadas y del respeto a niveles razonables de privacidad y reserva de ciertos datos personales.

Finalmente, en la **Constitución de Venezuela** de 1999, en su artículo 28° se ha introducido esta institución con el texto siguiente:

“Toda persona tiene derecho a acceder a la información y a los datos que sobre si misma o sobre sus bienes consten registros oficiales o privados con las excepciones que establezca la ley, así como conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fueren erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.

En definitiva, luego de revisar el tratamiento de este derecho en las diversas constituciones, encontramos una cierta confusión en su denominación, utilización y en la especificación de la naturaleza de esta institución. Así, en algunos casos se establece un **derecho autónomo**, equivalente a la autodeterminación informativa, a veces bajo el nombre de hábeas data, otras sin darle uno en particular. En otros casos, como el de la Constitución Peruana de 1993, se define expresamente al hábeas data como una **garantía o proceso constitucional** especial (art. 200°, inc. 3°) destinado a la protección y defensa de diversos derechos específicos, dentro de los cuales se encuentra una versión (imperfecta) del derecho a la autodeterminación informativa o de protección de los datos personales, en el art. 2°, inc. 6°, que establece: *“Toda persona tiene derecho (...) a que los servicios informáticos,*

computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar".

En el campo de los **Pactos o Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos**, la reciente configuración autónoma del derecho a la autodeterminación informativa hace que no aparezca recogido aún en dichos instrumentos. Incluso aunque algunos de éstos si contemplan la intimidad personal, en ningún caso llegan a considerar específicamente el supuesto de la protección de los datos personales frente a su utilización por los sistemas informáticos.

Es por ello que el principal instrumento de carácter internacional al que cabe hacer referencia, es el **Convenio 108 del Consejo de Europa "Para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal"**, aprobado el 28 de enero de 1981. Este convenio busca armonizar el respeto de los datos privados y personales con la necesidad de garantizar el libre flujo de la circulación y transmisión de información; comprende diversos principios, obligatorios tanto para instituciones públicas como para entidades privadas, dentro de los cuales se pueden destacar:

- a) *Principio de lealtad: Las informaciones no han de recogerse mediante procedimientos desleales o ilícitos.*
- b) *Principio de exactitud: El responsable del banco de datos tiene la obligación de comprobar la exactitud de los datos registrados y de asegurar su puesta al día.*
- c) *Principio finalista: El fin que justifica la creación de un banco de datos debe precisarse y darse a conocer antes de que comience su utilización, a fin de que sea posible comprobar en cualquier momento:*
 - *Si los datos recogidos y registrados tienen relación con la finalidad perseguida (principio de pertinencia).*

- *Si la información se utiliza para un fin distinto del propósito del banco de datos (principio de utilización no abusiva).*
 - *Si el tiempo durante el que se conservan los datos, no excede del que normalmente se necesita para conseguir la finalidad para la cual fueron registrados (principio del derecho al olvido) salvo que se trate de hacerlos anónimos.*
- d) Principio de publicidad: *Debe mantenerse un registro público de los ficheros nominativos automatizados.*
- e) Principio de acceso individual: *Cualquier persona tiene derecho a conocer si datos que le conciernen son objeto de tratamiento informatizado y, si así fuera, a obtener copia de ellos. Si fueran erróneos o inexactos o se hubieran registrado ilegalmente, el titular del derecho puede obtener la rectificación o destrucción.*
- f) Principio de seguridad: *Deben adoptarse medidas adecuadas para garantizar la seguridad tanto física cuanto lógica de los bancos de datos”.²⁶*

Conviene precisar que este Convenio, en su art. 6°, **prohíbe el tratamiento informático de datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o de otro tipo, así como los datos relativos a la salud o a la vida sexual. También se incluye en la prohibición los datos personales relativos a condenas penales.**

También las Naciones Unidas, en una declaración referida a “Directrices para la regulación de ficheros automáticos de datos personales”, contempla en su art. 45° como “datos sensibles” a aquellos cuya utilización puede dar lugar a discriminaciones ilegales o arbitrarias. Por ello señala que no deben recogerse o consignarse datos

²⁶ Cf. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: obra citada; págs. 142 y 143.

referidos a raza, origen, etnia, color, vida sexual, opinión política, religión, creencias, así como el ser miembro de asociaciones sindicales²⁷.

4.3.- EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993. PROBLEMAS E INSUFICIENCIAS DERIVADAS DE SU TRATAMIENTO DEFECTUOSO.

El derecho a la autodeterminación informativa y la protección frente al uso informático de los datos personales, fue incorporado a nuestro ordenamiento constitucional recién con la Carta de 1993, aunque sin una denominación específica y con notorias insuficiencias y limitaciones. Aparece consignado en el inciso 6° del artículo 2°, que otorga un **tratamiento incompleto a este derecho que no sólo desdibuja y restringe severamente sus alcances, sino que corre el riesgo de afectar sus posibilidades de aplicación y eficacia**. Y es que, como sabemos, el derecho a la autodeterminación informativa o el hábeas data, como también se le conoce en ciertos países, supone brindar protección frente a posibles riesgos o abusos derivados del registro y utilización informática de los datos personales, proporcionando al titular o afectado -desde un punto de vista conceptual o doctrinario- las facultades siguientes:

- a) **Acceso o conocimiento** a las informaciones y datos relacionados con su persona, existentes en archivos, registros o bancos de datos informatizados.
- b) **Actualización** de informaciones o datos personales contenidos en los archivos, bancos de datos o registros.
- c) **Rectificación o aclaración** de informaciones o datos inexactos.
- d) **Exclusión o supresión** de "datos sensibles", de carácter íntimo o privado, y de datos personales que no deben ser objeto de almacenamiento o registro, a

²⁷ PIERINI, LORENCE y TORNABENE: obra citada; pág. 26.

fin de salvaguardar la intimidad personal o de impedir la eventual discriminación.

e) **Confidencialidad** de informaciones y **oposición a la transmisión** de datos personales que, por su carácter reservado, no debe permitirse su difusión a terceros.

Sin embargo, la norma contenida en el **inciso 6° del artículo 2° de la Constitución** Peruana de 1993, simplemente establece que: ***“Toda persona tiene derecho (...) a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”***. Conviene precisar que esta regulación restrictiva asumida por el constituyente fue producto de una decisión expresa u opción consciente, lo cual no obsta para suponer que se vio facilitada porque el grueso de los integrantes de dicho órgano seguramente carecían de mayor información o conocimiento del contenido conceptual y alcances de este novedoso derecho. Cabe tener presente que el doctor Carlos Torres y Torres Lara, Presidente de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, sostuvo al sustentar ante el Pleno la propuesta de este artículo lo siguiente:

“Se trata de una importante innovación que no contiene nuestra Constitución, y que si la contienen algunas constituciones modernas, como la de Brasil, especialmente, y, de modo parcial, la de España o la de Portugal. Cuando se elaboró la Constitución de 1979, todavía no se advertía la revolución de la informática que se estaba produciendo en el mundo. Hoy, al haber pasado sólo una década, nos damos cuenta de que esta situación ha variado sustancialmente (...) Las personas adquieren un poder enorme frente a los demás cuando tienen información sobre ellos. Como se ha analizado ampliamente en la filosofía y en la psicología modernas, quien conoce el secreto de otras personas tiene poder sobre ellas. Y aquí entramos en el tema de la intimidad personal (...)

Hemos analizado en la Comisión las enormes dificultades que implica esta

*nueva tecnología en la defensa de los derechos de las personas, y **hemos llegado a la conclusión de que la obtención de la información y su conservación no es el problema fundamental, sino la comunicación de esta información** (la negrita es nuestra). Mucho más daño se hace comunicando una información negativa sobre una persona que simplemente acumulándola. En consecuencia, la protección que debe dar la Constitución es que nadie pueda transmitir informaciones que estén referidas a la intimidad personal a través de los medios comunes; por tanto, el derecho de cualquier persona a proteger su propia intimidad tiene que llevar a impedir que se transmita información que va contra su intimidad personal”²⁸.*

Queda claro, por propia declaración de parte, que el constituyente tenía información sobre diversos textos constitucionales extranjeros que regulaban este derecho, así como que optó deliberadamente por otorgarle un alcance restringido, referido sólo al tema de la prohibición de transmisión de informaciones o datos personales vinculados con la intimidad personal o familiar. Ello torna más grave e inexcusable esta decisión del órgano constituyente, que no se motivó en una ignorancia de información sino -lo que es peor- en ignorancia jurídica y deficiencia en la comprensión del contenido y alcances de la institución a regular. Por esta razón se estableció un proceso constitucional de hábeas data para la protección de un conjunto de derechos vinculados a la información e informática, en vez de vincularlo con la autodeterminación informativa. También por ello se arribó a la absurda conclusión de que lo primordial era limitar este derecho sólo a la prohibición de la transmisión de datos, privándonos de un tratamiento integral de este derecho, en disonancia con la doctrina y normativa constitucional comparada, y afectando severamente su eficacia.

Lo esencial del escaso debate constituyente referido a esta norma significó agregar a la propuesta original, que hablaba de “servicios informáticos computarizados”, la referencia en el texto aprobado a “servicios informáticos computarizados o no”, para incluir a las modalidades no computarizadas de prestación de este servicio, añadido que fue planteado por sugerencia de los constituyentes

²⁸ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. DIARIO DE LOS DEBATES: DEBATE CONSTITUCIONAL PLENO 1993” (publicación oficial); julio 1998; tomo I; Págs. 111-112.

Sotomarino y Róger Cáceres. Asimismo para aclarar que esta norma no se aplicaba a los medios de información o comunicación social, lo que justificaba -en opinión del constituyente Torres y Torres Lara- la mención original hecha a servicios informáticos computarizados²⁹. Finalmente, por declaración del mismo constituyente, no se impedía la transmisión de información de carácter patrimonial sobre las personas por parte de servicios informáticos privados (situación de bienes, deudas, cumplimiento de obligaciones, etc.) pues ésta no afectaba la intimidad personal o familiar, derecho protegido por la norma³⁰.

Efectuada esta referencia acerca de la forma en que el constituyente y la Constitución de 1993 regulan, ciertamente de manera deficiente, este derecho emparentado con la autodeterminación informativa o libertad informática, resulta necesario analizar los alcances, limitaciones, problemas de interpretación y aplicación que surgen de la comentada norma.

4.3.1. Sobre el contenido y alcances de los derechos de las personas afectadas.

Como ha señalado Pablo Lucas Murillo, *"el progreso científico y tecnológico ha traído consigo unas posibilidades insospechadas de reunir, almacenar, relacionar y transmitir todo tipo de información. Aplicada a la que se refiere a las personas, la combinación de las técnicas de la información, automatización y la telemática ofrecen permite obtener, centralizar, utilizar, elaborarlos del modo que se desee, y conservar por tiempo ilimitado todo tipo de datos de carácter personal. De esta forma resulta que, normalmente, sin que medie advertencia alguna y, en consecuencia, sin que nos percatemos de ello, bien los poderes públicos, bien los sujetos privados, tienen -o pueden tener sin excesivo esfuerzo- conocimiento de amplias parcelas de nuestras vidas y utilizan esa información que de nosotros disponen en su beneficio, pero*

²⁹ Ibídem: Págs. 111 a 114.

³⁰ Sostuvo el constituyente Carlos Torres: *"Este tema se ha discutido ampliamente en la Comisión, diferenciándose lo que es información que puede atentar contra la intimidad personal de lo que es la información patrimonial. La información sobre el patrimonio de cada uno, sobre el manejo económico de cada uno, sobre lo que tiene o lo que no tiene, es amplia, no tiene ninguna reserva y puede informarse ampliamente. Lo que la Comisión ha estudiado es la concerniente a la intimidad personal"* (obra citada, Pág. 112).

también de una manera que puede causarnos notorios daños".³¹

Agrega este mismo autor que "el peligro potencial y real al que nos enfrentamos radica, por una parte, en el volumen de información, a menudo aparentemente irrelevante, que sobre nosotros se maneja. Por la otra, en la posibilidad cierta de obtener -mediante el tratamiento de estos datos- nuevos elementos informativos que nos afectan. En tercer lugar, en que tales procedimientos permiten lograr el conocimiento de aspectos de nuestra vida que, además de personales, merecen ya el calificativo de íntimos. Por último, existe el riesgo de que, a partir de este cúmulo informativo, se elaboren o construyan perfiles de nuestra personalidad en función de los cuales se tomen decisiones sobre nuestros derechos y expectativas, por ejemplo, a la hora de conseguir una vivienda en alquiler, obtener un crédito bancario o una simple tarjeta de crédito o aspirar a un puesto de trabajo"³².

Por ello un aspecto particularmente grave del texto de este precepto constitucional peruano, es que **se restrinja únicamente a prohibir que los servicios informáticos suministren datos o informaciones que puedan afectar la intimidad personal o familiar, dejando aparentemente fuera de la norma gran parte de los otros aspectos que son típicos de este derecho a la autodeterminación informativa.** Ello revela una lamentable e inexcusable ligereza, pues el constituyente recogió este derecho de otros textos constitucionales y, cuando menos, debió hacerlo en forma completa y adecuada. No podemos olvidar que al momento de elaborarse la Constitución Peruana, ya se encontraban vigentes, para no ir más lejos, las constituciones de Brasil y Paraguay, que regulan esta materia con notoria superioridad de calidad con respecto a nuestra Carta.

Una interpretación literal de la norma no incluiría el derecho de la persona a acceder (conocer y recibir) a la información o datos que le conciernen y que se hayan registrados en el banco de datos; y sin esta facultad, mal pueden ejercitarse acciones como solicitar y exigir la rectificación o actualización de datos inexactos o falsos, ni

31 LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa"; en, "Revista de Estudios Políticos" N° 104 (abril-junio 1999); Pág. 37.

32 *Ibíd*em: Pág. 38.

mucho menos la supresión de datos sensibles o reservados que afectan la intimidad personal o familiar. Ello resultaría inaudito e inconsistente pues, como señala Fernández Segado³³, *"el primero de los contenidos cuya normación viene exigida por la efectividad de la nueva libertad informática, es el del acceso al banco de datos, con el fin de, por un lado, poder disponer de toda la información almacenada en un archivo electrónico sobre la propia personalidad y, por otro, poder rectificar ciertos datos concernientes a la misma"*.

En síntesis, esta norma constitucional, si nos atenemos a su tenor literal, sólo se limitaría a proteger a la persona evitando que los servicios informáticos suministren datos o informaciones que afectan la intimidad personal, desatendiendo aparentemente todas las otras posibilidades de cobertura de este derecho. Incluso podría pretenderse dejar fuera de la prohibición la difusión de datos que, sin vulnerar la intimidad personal o familiar, se refieran a aspectos reservados o privados de la personalidad o cuya divulgación pueda conllevar formas de discriminación o contribuir a ésta.

Los riesgos de interpretaciones y aplicaciones restrictivas de esta norma pueden ser grandes. **Una adecuada comprensión de la norma, en aras de efectuar la integración de este derecho y el resguardo de su contenido esencial, exigirá aceptar también la procedencia del hábeas data para conseguir conocer, actualizar, rectificar o suprimir datos personales almacenados en sistemas informáticos.** Y es que si la Constitución prohíbe el suministro de ciertos datos o informaciones, con mayor razón cabría extender los alcances del derecho y del hábeas data a los otros supuestos complementarios, pues se trata de componentes básicos y mínimos del derecho a la autodeterminación informativa, que incluso comportan exigencias menos severas. Que el constituyente -equivocadamente- haya expresado un criterio diferente, creyendo que con ello protegía lo esencial de este derecho, no debe impedir la adopción de una interpretación constitucional (por vía de desarrollo legislativo o creación de la jurisprudencia) en el sentido que proponemos.

³³ Cf. FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: obra citada; Pág. 9.

A mayor abundancia, no sería razonable que se pueda impedir el suministro o difusión de datos personales sensibles, y -a la vez- excluirlo de eficacia para conocer el contenido de la información que sobre la propia persona obra en el banco de datos. O impedir que se actualice o rectifique datos personales inexactos o falsos, cuando la Constitución reconoce un derecho de rectificación a ejercitar ante los medios de comunicación que difundan informaciones inexactas. O que se inhabilite la potestad para lograr la supresión de datos sensibles o informaciones indebidamente registradas, cuando su sola tenencia en el banco de datos conlleva ya una perturbación o injerencia no consentidas en la intimidad personal y la privacidad; cuya continuidad en el registro puede incluso ocasionar alguna forma de discriminación contra la persona concernida.

Sin perjuicio de estas deficiencias de la norma constitucional respecto al contenido y alcances del derecho a la autodeterminación informativa, resulta un avance la forma en que este asunto ha sido regulado en la Ley N° 27489 (promulgada en 27 de junio del 2001), "Ley que regula las Centrales Privadas de Información de Riesgos y de protección al titular de la información". En efecto, en el Art. 13° de dicha norma se consigna como derechos de la persona cuyos datos se encuentran registrados el acceso a la información referida a sí misma; el derecho de modificar o cancelar la información que sea ilegal, inexacta, errónea o caduca; así como el derecho a rectificar la información que haya sido suministrada y adolezca de tales vicios. Mediante una reforma introducida por la Ley N° 27863 (del 12 de noviembre del 2002), se añadió como derecho del titular la actualización de la información sobre pagos parciales o totales realizados.

Respecto al derecho de acceso, la Ley N° 27489 establece en su Art. 14° que el titular de la información crediticia consignada en un banco de datos administrado por las Centrales Privadas de Información de Riesgos (CEPIRS) podrá acceder a ésta una vez al año o cada vez que la información haya sido rectificadas. Ello podrá verificarse gratuitamente, mediante la visualización de los datos en pantalla, o previo pago cuando se solicite un documento o reporte escrito; el pago sólo cubrirá el costo que demande la expedición de la copia. Tal información deberá indicar la fuente de donde se obtuvieron los datos registrados (a menos que provengan de entidades de acceso público), así como la relación de las personas a quienes se suministró reportes de

crédito sobre el titular durante los últimos doce meses.

La Ley N° 27863 introdujo algunas precisiones respecto al Art. 15° de la Ley N° 27489, que regula lo referido al ejercicio de los derechos de modificación y cancelación de datos. En caso que el titular considere que la información registrada resulte ilegal, inexacta, errónea o caduca, podrá solicitar que sea revisada por cuenta y costo de la CEPIRS y que se realice la modificación o cancelación respectiva. El pedido deberá realizarse por escrito, acompañando los elementos probatorios pertinentes. La CEPIRS tendrá un plazo de siete días (prorrogables a cinco más) para dar respuesta definitiva sobre la procedencia o denegación del pedido. La actualización o rectificación sobre pagos parciales o totales, deberá realizarse en un plazo no mayor a dos días de recibida la información de la fuente.

4.3.2. Datos personales protegidos e “información sensible”.

Aunque el inciso 6° del Art. 2° de la Constitución permite al afectado impedir que los sistemas informáticos suministren a terceros datos vinculados a su intimidad personal o familiar, no existe ninguna referencia a qué tipo de datos se encuentran comprendidos dentro de los alcances de ésta. Similar situación se presenta cuando la Constitución (en el inciso 7° del artículo 2°) establece la protección genérica de la intimidad personal y familiar, pues no incorpora ninguna referencia a su contenido. Agregaremos que se carece de una ley de desarrollo constitucional al respecto, y que cuando el Código Civil Peruano de 1984 regula, en su artículo 14°, este derecho, tampoco aporta ninguna precisión adicional³⁴.

Pero el problema no queda allí. La norma constitucional comentada contiene otras serias deficiencias ya que, de manera inexplicable, no prohíbe recoger o registrar tales datos sensibles sino sólo intentar impedir su transmisión o suministro a terceros. Tengamos también presente que cuando este artículo de la Carta menciona a datos relacionados con la intimidad personal y familiar, ello no involucraría necesariamente a

³⁴ Señala el Art. 14° del Código Civil Peruano: *“La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge,*
184

otros datos personales que, por estar vinculados con la vida privada, deben tener carácter reservado a pesar que no sean estrictamente “íntimos”; tampoco contemplaría a aquellos cuya difusión pueda conllevar discriminación para la persona a quienes están referidos. Consideramos por ello conveniente incorporar dentro de los datos personales protegidos y, por tanto, no susceptibles de transmisión o suministro a terceros, aquellos **que puedan conllevar efectos discriminatorios en determinados ámbitos, como el laboral por ejemplo, tales como la raza, la discapacidad física, la condición de madre soltera, la pertenencia a una organización sindical**, etc. No consideramos, en cambio, que aspectos tales como la trayectoria académica, laboral o profesional o los antecedentes penales, puedan ser calificadas como materias íntimas o privadas; aunque si cabría considerarlos como temas sujetos a una difusión restringida o sólo para determinados fines.

Por lo anterior, encontramos de utilidad comentar algunos criterios establecidos por la jurisprudencia española a este respecto³⁵. El Tribunal Constitucional, en las sentencias 11, 33, 35 y 94 de 1998, tuvo ocasión de pronunciarse acerca del derecho que asiste al titular de datos personales consignados en un registro o fichero automatizado para que éstos se utilicen estrictamente para la finalidad con que fueron recabados. Se trató de varios casos donde la empresa pública de ferrocarriles RENFE, utilizó la información del registro que posee con la relación de los trabajadores sindicalizados (constituido para efectuar la detracción de la parte proporcional del salario destinada a solventar la cuota sindical y realizar su transferencia al sindicato o central respectiva) para aplicarles un descuento en sus remuneraciones por días no laborados a consecuencia de una huelga llevada a cabo por trabajadores de dicha empresa.

El Tribunal Constitucional Español, en su sentencia 94/1998, consideró irregular la actuación de la empresa tenedora del fichero de trabajadores sindicalizados y calificó su conducta de violatoria del derecho que expresamente contempla la ley orgánica de tratamiento automatizado de datos personales. Así, recalca como una exigencia

descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”.

³⁵ Para un análisis más amplio de las resoluciones judiciales españolas que aquí comentamos, puede revisarse el trabajo de Pablo Lucas Murillo ya citado (1999); Págs. 42 a 52.

indispensable la existencia de *"una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente, y el legítimo objetivo para el que se solicita y, en consecuencia, (la norma constitucional y la ley) prohíben tajantemente el uso de los datos para finalidades distintas a las que motivaron su recogida..."*.

Otro pronunciamiento judicial interesante, esta vez emanado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español (sentencia del 18 de febrero de 1999) se originó en el recurso de casación interpuesto por el fiscal contra la absolución de un periodista (por la Audiencia de Las Palmas de Gran Canaria, acusado del delito de revelación de secreto con relación a datos personales e intimidad de dos reclusos. El periodista había informado en un diario que dos internos enfermos de SIDA (cuya identidad revelaba) trabajaban en la cocina de un establecimiento penitenciario, demandando a las autoridades que -de confirmarse estos hechos- adoptaran medidas para evitar el riesgo de contagio de dicha enfermedad. Para obtener esta información, el periodista había tenido acceso y "cruzado" dos ficheros o registros informáticos, uno en el que se consignaban los internos que padecían de SIDA en dicho penal, y otro con los nombres de quienes laboraban en la cocina del establecimiento.

Si bien el fallo recurrido había absuelto al periodista por considerar la información como veraz, la Sala del Tribunal Supremo condenó a éste basado en otras consideraciones. Sostuvo que la afectación a la intimidad y a la reserva de ciertos datos personales se producía con el acceso del tercero a éstos y con su divulgación, sin interesar que haya tenido la intención deliberada de causar un daño al titular con esta conducta. Asimismo, que aunque el derecho a informar del periodista y a estar informado de la población deben prevalecer, como regla general, sobre todo tratándose de un hecho que era noticia de interés y que podía responder a la intención de prevenir la salud, ello no autorizaba a difundir la identidad de las personas afectadas por el SIDA e incluidas en el registro de datos, pues la misma finalidad informativa podía alcanzarse sin revelar sus nombres.

La sentencia consideraba la información referente al padecimiento del SIDA como un **dato personal "sensible"** y reservado que, aunque estuviera consignado en

un registro, no podía ser divulgado a terceros. Entendía como tal *"un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera como "sensible" por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta, dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de lo que, normalmente, se prefiere que no trascienda fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar"*.

Mención especial merecen los **bancos de datos sobre información patrimonial, económica y financiera personal**, o la referida a riesgos que administran las CEPIRS, que registran operaciones de crédito, deudas y solvencia de las personas, donde se lleva una información sistemática de las obligaciones comerciales o económicas adquiridas y el cumplimiento de las mismas. Coincidiendo con lo expresado por el constituyente nacional en el debate de la Carta de 1993, consideramos que estos datos e informaciones no puedan calificarse como propios de la intimidad personal ni, consiguientemente, sometidos a la protección de ésta. Es creciente la importancia de estos registros y reportes para el desarrollo y la seguridad de las transacciones comerciales pues la información en ellos almacenada se suministra a quienes necesitan conocer el comportamiento, la situación y solvencia de la persona con quien podrían efectuar algún tipo de tratos económicos. De allí que también sea legítimo el interés, y el derecho, de la persona a quien esta información se refiere de conocer su contenido y de velar por su exactitud, veracidad y actualidad.

La ya citada Ley N° 27489 avanza en señalar algunas precisiones sobre el tipo de datos susceptibles de almacenamiento y difusión por las CEPIRS, así como de la información a ser excluida por considerarse "sensible". En el Art. 2° de la ley, dentro de sus definiciones, se consigna en el inciso b) como **"información de riesgos"**, la relativa a *"obligaciones o antecedentes financieros, comerciales, tributarios, laborales, de seguros de una persona personal natural o jurídica que permita evaluar su solvencia económica vinculada principalmente a su capacidad y trayectoria de endeudamiento y pago"*. A su vez, en el inciso c) se establece como **"información sensible"** la referida a *"características físicas, morales o emocionales de una persona natural, o a hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, tales como los hábitos personales, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de*

salud físicos o psíquicos y la vida sexual u otras análogas que afecten su intimidad”.

Más adelante, el Art. 10° de la ley (modificado por la Ley N° 27863) detalla como parte de la información excluida, que no podrá constar en los bancos de datos de las CEPIRS ni ser difundidas en sus reportes de crédito, la referida a los asuntos siguientes: información sensible; información que viole el secreto bancario o la reserva tributaria; información ilegal, inexacta o errónea; información referida al incumplimiento de obligaciones de naturaleza civil, comercial o tributaria, cuando hayan transcurrido dos años desde su extinción o cinco años desde su vencimiento; información relativa a sanciones tributarias, administrativas o análogas de carácter económico, cuando hayan transcurrido dos años desde la ejecución de la sanción impuesta o de su extinción por cualquier medio legal, o cuando transcurran cinco años desde que se impuso; informaciones referidas al incumplimiento de obligaciones que no sean de naturaleza civil, comercial, tributaria o laboral; la referida al pago de servicios públicos sólo podrá consignarse cuando el incumplimiento alcance seis meses continuos; información referida a la situación de insolvencia o de quiebra del titular, cuando hayan transcurrido dos años del levantamiento de la insolvencia y cinco desde que se declaró la quiebra.

Encontramos positivo que la ley nacional, al igual que hiciera la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, contemple la caducidad de ciertos “datos negativos” (como antecedentes del incumplimiento de una obligación económica, por ejemplo) luego de transcurrido un tiempo determinado; se trataría de una figura emparentada como el “*derecho al olvido*” de ciertos datos, del que hablan Lucas Murillo y Fernández Segado en el caso de la legislación española. Sostuvo la jurisprudencia de la Corte de colombiana que *“también hacia el pasado debe fijarse un límite razonable, pues no sería lógico ni justo que el buen comportamiento de los últimos años (se refiere al deudor moroso) no borrara, por así decirlo, la mala conducta pasada. Es claro pues que el término para la caducidad del dato lo debe fijar el legislador. Pero, mientras no lo haya fijado, hay que considerar que es razonable el término que evite el abuso del poder informático y preserve las sanas prácticas*

crediticias, defendiendo así el interés general”³⁶.

Así, la jurisprudencia de esta Corte Constitucional ha fijado como criterios para que opere la caducidad del dato negativo: el pago voluntario de la obligación, el transcurso de dos años desde dicho pago (salvo que la mora haya sido inferior a un año, caso en que el término no será mayor al doble de dicha mora) y que no se produzcan nuevos incumplimientos del mismo deudor con respecto a otras obligaciones. Agrega la Corte que si el pago se produjo a consecuencia de un proceso ejecutivo, la caducidad sólo surtirá efecto luego de cinco años; si ocurrió tras la simple notificación de la demanda judicial de cobro, se aplicará el término ordinario de dos años; y si el pago no se produjo debido a que operó la prescripción de la obligación, no actuará la caducidad del dato pues “no ha habido pago y este dato es público”.

4.3.3. Las entidades o instituciones tenedoras de datos personales involucradas.

Con relación a las entidades o instituciones que pueden ser emplazadas por la persona interesada, en su condición de sujetos pasivos obligados a respetar el derecho a la autodeterminación informativa, la norma constitucional señala que debe tratarse de un "**servicio informático**", computarizado o no, público o privado. Con ello cabría entender que se refiere a entidades cuyo objeto o labor está relacionada con el recojo, archivo, sistematización y difusión de datos; con la finalidad de brindar servicio informativo, de registro o de consulta destinado al público o a terceros.

Sin embargo, la utilización de la denominación “servicios informáticos” resulta equívoca e insuficiente pues, de acuerdo a una interpretación literal, parecería que sólo pretende involucrar a las instituciones públicas o empresas privadas que proporcionan o venden servicios informáticos a terceros. Si ello fuera así, se podría llegar al absurdo que ciertos registros, archivos o bancos de datos personales que poseen organismos estatales, como el Ministerio del Interior, la Dirección de Migraciones, la Policía, las Municipalidades, etc.; no obstante su importancia e interés para miles de personas

³⁶ Cf. CIFUENTES, EDUARDO: obras citadas; Págs. 90-91 y 126-127, respectivamente.

incluidas en éstos, quedarán excluidos de los alcances de la norma constitucional y sin obligación alguna frente a los afectados, titulares de tales datos. Y es que podrían sostener este tipo de instituciones que no son un “servicio informático”, en la medida que la finalidad de sus sistemas informáticos es servir de apoyo a su actividad funcional, mas no suministrar informaciones a terceros ni poner dichos datos a disposición o consulta del público.

En el caso de ciertas entidades o empresas privadas, podría presentarse un problema similar. Lo que sí resulta claro es que la norma involucra a aquéllas cuyos registros, archivos o bancos de datos están destinados a brindar servicios de información a terceros o que pueden ser consultados o utilizados por éstos. Pero podría darse el caso que algunas de ellas argumenten que los sistemas informáticos que poseen constituyen sólo el soporte o instrumento de apoyo a las labores de asesoría, seguimiento o control que desarrollan en ámbitos específicos, incluso si se dedican a la prestación de servicios públicos (como electricidad, agua potable, telefonía, etc.) pero que no se trata de servicios informáticos dirigidos a la atención de terceros ni abiertos a su consulta.

Como se puede apreciar, una interpretación literal del texto del inciso 6° del art. 2° de la Constitución, llevaría a una visión severamente restrictiva de la norma y sus alcances, que permitiría excluir -eventualmente- a una gran mayoría de las instituciones públicas o privadas que cuentan con registros, bancos de datos o archivos informatizados en los que constan datos personales de diversa índole, pero que no constituyen -en estricto- “servicios informáticos”. No creemos que esta pueda ser la interpretación más atinada y razonable de la norma analizada, ni tampoco que haya sido la intención perseguida por el constituyente al incorporar este nuevo e importante derecho en nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

La **finalidad** del derecho a la autodeterminación informativa, no es otra que asegurar cierta protección a las personas e imponer algunas limitaciones y control frente al recojo, almacenamiento, sistematización, elaboración, transmisión o difusión de datos personales que realizan instituciones públicas o entidades privadas; ya sea que estos registros, bancos de datos o archivos informatizados estén destinados al

uso interno, al acceso público o que pueden ser consultados por terceros. **No interesa pues que estos sistemas informáticos, computarizados o no, constituyan un “servicio” dirigido a terceros, sino que su contenido esté referido a datos personales, cuya tenencia, utilización o difusión pueda generar efectos, riesgos o perjuicios para las personas a quienes corresponden.**

Consideramos que ésta es la interpretación y alcance que debe darse a la norma constitucional analizada, con relación a las instituciones e entidades obligadas a darle cumplimiento y pasibles de ser emplazadas a este efecto. En tal sentido, podría sostenerse que quedarían excluidos los archivos o registros privados en donde consten datos personales elaborados por quienes los requieren para el ejercicio de su función profesional (periodismo, análisis especializado, investigación); siempre que no contengan datos sensibles o prohibidos ni que puedan ser comunicados o conocidos por terceros.

Siguiendo el criterio expuesto, la información personal contenida en registros de entidades gubernamentales de uso reservado, como los Servicios de Inteligencia o de Seguridad, podría ser objeto de conocimiento por la persona involucrada. La Corte Constitucional de Colombia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este punto (T-444 de 1992) a raíz del pedido de una persona detenida en una cárcel para que el organismo nacional de inteligencia anulara sus “antecedentes” proporcionados a la autoridad judicial, donde se le consignaba como responsable del delito de rebelión e integrante del ELN. La Corte señaló como criterio inicial que *“toda persona tiene el derecho a que de ella se conozca sólo lo mínimo para asegurar la normal convivencia social, mientras que el Estado tiene el derecho de conocer la máximo necesario para la debida protección de los ciudadanos y las instituciones”*.

Sostuvo la Corte que las entidades públicas pueden recopilar, evaluar y hacer “cruce” de datos personales, bajo una lógica de cooperación interestatal sujeta a estricta reserva, es decir, sin que el contenido de la información sea suministrada o conocida por terceros, a menos que se refiera a antecedentes penales, entendiendo por éstos sólo la existencia de condenas judiciales. Por ello la Corte concluyó que la

calificación de “rebelde” atribuida a la peticionaria por el organismo de inteligencia debía manejarse únicamente en el ámbito interno o privado de dicha dependencia, de modo que la información a proporcionar a terceros o a la propia interesada tendría que consignar que se trata de una persona detenida carente de antecedentes, por no estar condenada judicialmente³⁷.

4.4. EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE HABEAS DATA Y SU ESCASA UTILIZACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.

Al igual de lo que ha venido sucediendo en diversos países, la incorporación del hábeas data al ordenamiento constitucional peruano es un hecho particularmente reciente y novedoso. Ha sido la Constitución de 1993 la que estableció, en su artículo 200°, inc. 3, dentro del Título que regula las "Garantías Constitucionales, la "Acción de Hábeas Data" como proceso constitucional específicamente previsto para la protección de los siguientes derechos: a solicitar y obtener información de entidades públicas (Art. 2°, inc. 5°); a que los servicios informáticos -públicos o privados- no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (Art. 2°, inc. 6°); al honor y a la buena reputación; a la intimidad personal y familiar; a la voz y la imagen propias; a rectificar las afirmaciones inexactas o agraviantes difundidas por un medio de comunicación social (Art. 2°, inc. 7°). Cabe precisar que una ulterior reforma constitucional eliminó la procedencia del hábeas data para la protección de los derechos contenidos en el inciso 7° del Art. 2° de la Constitución, que volvieron a ser cautelados mediante la acción de amparo.

Con respecto a la incorporación del hábeas data como una nueva “garantía constitucional”, cabe señalar que mereció -casi desde un principio- severas críticas de autorizadas voces de la doctrina nacional. Así, García Belaunde³⁸ consideró una desnaturalización del hábeas data su extensión al derecho de rectificación, a la par de

³⁷ Ibídem: Págs. 93 a 95.

³⁸Cf. GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO: "Garantías Constitucionales en la Constitución Peruana de 1993"; en, "La Constitución de 1993; análisis y comentarios"; serie Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 10; Comisión Andina de Juristas; (Lima, 1994); Págs. 259-260.

una peligrosa proclividad hacia la eventual censura de los medios de comunicación. Debe destacarse que similar preocupación fue asumida por los principales órganos de información y por el gremio periodístico, generando una clara presión que llevó al oficialismo parlamentario a realizar la reforma constitucional que condujo a la supresión del hábeas data en todo lo referente a la libertad de expresión e información y su vinculación con los derechos al honor, reputación, intimidad personal y propia imagen.

A su vez, Abad Yupanqui³⁹ consideraba que -en última instancia- la inclusión de este proceso constitucional especializado puede resultar innecesaria, pues similar protección ya era factible a través del amparo; igualmente cuestionaba con acierto el carácter tan amplio que se confería a este instituto, al hacerlo extensivo a la rectificación de informaciones y a afectaciones de ciertos derechos personales a través de medios de comunicación social. En definitiva, la necesidad o conveniencia de establecer al hábeas data como una nueva "garantía constitucional" específica resulta más que dudosa, ya que en verdad no resulta más que una suerte de "amparo especializado" para la protección de ciertos derechos.

El hábeas data es pues en el Perú una garantía o proceso constitucional, aunque resulta una suerte de "amparo especializado". De allí que en países donde ésta es la denominación recibida por el derecho a la autodeterminación informativa y no un instrumento procesal de garantía constitucional, se ejercita bajo el procedimiento de la acción de amparo o sus equivalentes, como sucede en Brasil (Mandato de Seguridad) o Colombia (Tutela). En el caso peruano, se dictó la Ley N° 26301 (del 3 de mayo de 1994) norma que sigue vigente a pesar que tenía una expresa vocación transitoria, en tanto se dicte una nueva ley orgánica integral de garantías constitucionales. Dicha ley resolvió algunos problemas o dudas de índole procesal suscitados para el ejercicio de la acción de hábeas data.

La ley dispone que es competente para conocer del hábeas data el juez de primera instancia en lo Civil de turno, del domicilio del demandante o del demandado; si la afectación del derecho se origina en archivos judiciales, sean éstos

³⁹Cf. ABAD YUPANQUI, SAMUEL: "Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales"; en, "Lecturas sobre Temas Constitucionales 10": Comisión Andina de Juristas; (Lima, 1994; pág. 268.

jurisdiccionales, funcionales o administrativos, la acción se presentará ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior respectiva, la que designará a un juez de primera instancia en lo Civil para efectos del trámite, pero correspondiendo el fallo a la Sala. En realidad, se trata de una solución similar a la que rige en el proceso de amparo; por lo demás, la comentada ley hace una remisión expresa a la aplicación procesal supletoria al hábeas data de las normas que regulan al referido proceso.

Quizás un aspecto bastante cuestionable de la Ley N° 26301, al margen de los vacíos producto de su carácter coyuntural y transitorio, está referido al tema de las **vías previas**. El inc. a) del Art. 5° dispone que, además de las reglas y excepciones que rigen el agotamiento de las vías previas en el amparo (Ley N° 23506, Arts. 27° y 28°) para el ejercicio del hábeas data en los casos de los derechos contenidos en los incisos 5° y 6° del art. 2° de la Constitución, el afectado debe previamente haber formulado un requerimiento, por conducto notarial, con una antelación no menor de quince días calendario.

Resulta conceptualmente inapropiada esta equiparación del requerimiento notarial previo a la figura de la vía previa y su agotamiento, coincidiendo en este punto con las objeciones que también plantean Abad Yupanqui⁴⁰ y Borea Odría⁴¹. Si bien el requerimiento antelado por conducto notarial tiene por finalidad dar la oportunidad al presunto agresor de corregir su conducta, evitándose así el recurso ulterior al hábeas data, ello dista mucho de asemejarse a la noción de vía previa en el amparo, que supone la existencia de un típico procedimiento reglado, normalmente ante autoridad administrativa, lo que explica la exigencia de su agotamiento previo y que se contemplen taxativamente excepciones a dicha regla. También parece excesivo el plazo de quince días de requerimiento notarial previo exigido para la ulterior interposición judicial de la acción de hábeas data.

Hasta la fecha la utilización concreta del proceso de hábeas data viene siendo más bien escasa, situación que -por lo demás- puede encontrar diversas explicaciones. De un lado, está el hecho que esta acción de garantía protege

⁴⁰ Cf. ABAD YUPANQUI, SAMUEL: obra citada; pág. 12.

⁴¹ Cf. BOREA ODRÍA, ALBERTO: "Evolución de las Garantías Constitucionales"; Grijley (Lima, 1996); 194

específicamente sólo a dos derechos constitucionales, es decir, el de acceso a la información pública y el de impedir el suministro de informaciones o datos personales sensibles por parte de servicios informáticos. De otro lado, la relativa novedad de ambos derechos, y del propio instituto del hábeas data, determinan su insuficiente conocimiento y restringido uso práctico.

De acuerdo a una investigación que realizamos y publicamos anteriormente⁴², desde un principio los casos de acciones de hábeas data se han dirigido al ejercicio del derecho de acceso a información pública, contenido en el inciso 5° del artículo 2° de la Constitución, en salvaguarda de aspectos tales como la preservación del medio ambiente y la ecología⁴³. En cambio, no se dispone virtualmente de jurisprudencia donde se haya ejercido el derecho a la autodeterminación informativa (previsto en el inciso 6° del artículo 2° de la Carta) ni siquiera para impedir el suministro de datos personales relativos a la intimidad personal o familiar. De la revisión que hemos

Págs. 481 a 484 .

42 Cf. EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO: "El hábeas Data y su desarrollo en el Perú"; en, *Liber amicorum Héctor Fix Zamudio*; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Costa Rica (1998); Págs. 611 a 625. Este trabajo ha sido también publicado en "Derecho a la autodeterminación informativa y la acción de hábeas data en Iberoamérica"; obra citada (Universidad de Talca); Págs. 119 1 135; y en, "DERECHO" N° 51 (PUCP); Págs. 291 a 310.

43 Respecto a los dos primeros casos promovidos, uno fue interpuesto por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental contra el Ministerio de Energía y Minas, ante la negativa de éste a entregarle información sobre la cancha de relaves de la empresa minera aurífera Retama (MARSA). La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, mediante fallo del 19-6-96, declaró fundada la demanda. Expresó la Sala que la accionante estaba ejerciendo el derecho de acceso a información pública que le confería el inciso 5° del Art. 2° de la Constitución, estando incluso legitimada por el Código del Medio Ambiente para obtener información sobre actividades que puedan afectar la salud de las personas, la conservación del medio ambiente o la integridad de los recursos naturales. En consecuencia, ordenó que el Ministerio demandado proporcione la información solicitada (Exp. N° 1658-95, publicado en "El Peruano", "Jurisprudencia"; miércoles 4 de septiembre de 1996; Pág. 2297).

El segundo caso fue el hábeas data interpuesto por la Asociación Civil "Labor", contra el Director General de Minería, solicitando se le proporcionen los estudios de impacto ambiental presentados por la empresa minera Southern Perú Cooper Corporation para la instalación de una planta de ácido sulfúrico en la fundición de cobre que tiene en Ilo, así como de la resolución que aprueba la instalación de depósitos de dicho ácido en el casco urbano del referido puerto. La Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Lima declaró "fundada" esta acción, ordenando al Ministerio la entrega de la información solicitada por la emplazada. La Corte señaló que es a ella a quién compete determinar si la información requerida se encuentra en alguna de las causales de exclusión establecidas por la Constitución o la ley. En tal sentido, sostiene que *"en todo caso, 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 o reserva de la empresa privada, sin que semejante calificación tenga el fundamento legal requerido, tanto más cuanto que, conforme a lo previsto por el artículo décimo primero del decreto legislativo N° 603, Código del Medio Ambiente, los estudios de impacto ambiental se encuentran a disposición del público en general"* (Exp. N° 263-96, publicado en el Diario Oficial "El Peruano", del sábado 28 de diciembre de 1996; Pág. 2698; repetida el domingo 29-12-96, Págs. 2748-2749).

realizado del conjunto de resoluciones del Tribunal Constitucional con motivo de procesos de hábeas data, sólo en dos de ellas se hace referencia tangencial al derecho de autodeterminación informativa, pero más con fines ilustrativos pues el asunto controvertido no estaba directamente relacionado con éste.

Así, en el **Expediente N° 666-96-HD/TC**, con motivo de la acción promovida por Luis Antonio Tabarra Martín contra el director del Semanario Nor Oriente, alegando la violación del derecho a la intimidad por la inminente publicación de correspondencia personal, la sentencia del 2 de abril de 1998 confirmó la declaración de improcedencia de la acción, por no ser la pretensión invocada materia de protección por medio del hábeas data. No obstante, el Tribunal señaló en el Fundamento 2. b) del fallo que mediante el habeas data *“en puridad constituye un proceso al que cualquier justiciable puede recurrir con el objeto de acceder a los registros de información almacenados en centros informáticos o computarizados, cualquiera sea su naturaleza, a fin de rectificar, actualizar, excluir determinado conjunto de datos personales, o impedir que se propague información que pueda ser lesiva al derecho constitucional a la intimidad”*.

A su vez, con motivo del **Exp. N° 1797-2002-HD/TC**, en la acción promovida por Wilo Rodríguez Gutiérrez demandando acceso a información pública, la sentencia del 20 de enero del 2003 aprovechó (de paso) para precisar los alcances del hábeas data y el contenido del derecho a la autodeterminación informativa. Así buscó diferenciar el contenido particular de este derecho (recogido en el Art. 2°, inciso 6 de la Constitución) respecto a la intimidad personal y familiar en general y al derecho a la propia imagen (previstos en el Art. 2°, inciso 7 de la Constitución), así como también del derecho a la identidad personal. Respecto a la autodeterminación informativa, sus alcances y contenido, señala el Tribunal Constitucional que:

“(…) comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener por objeto que se permita qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de

información así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información. En segundo lugar, el habeas data puede tener la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, ya sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o bien con el fin que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen o identidad de la persona afectada. Asimismo, con el derecho en referencia y, en defecto de él, mediante el habeas data, un individuo puede rectificar la información personal o familiar que se haya registrado, impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados”.

Encontramos positivas estas breves precisiones establecidas por el Tribunal Constitucional pues, a pesar de no tratarse de procesos donde se discutía como tema de fondo el derecho a la autodeterminación informativa, han permitido dar una denominación específica al derecho mencionado en el inciso 6 del Art. 2° de la Constitución. Asimismo le confieren el contenido y alcances que corresponden a su auténtica naturaleza y se inscriben en un sentido similar a nuestro planteamiento, superando el tratamiento restringido e inadecuado que le otorga el texto literal del precepto constitucional mencionado.

Sin perjuicio de ello, es importante buscar algunas explicaciones respecto a este escaso ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa y del uso del hábeas data para protegerlo. Si bien los sistemas informáticos en el procesamiento de datos personales tienen utilización y difusión reciente entre nosotros, siendo también muy insuficiente el conocimiento de la población sobre las posibilidades de ejercer (aunque sea limitadamente) algún control sobre éstos, tales razones atendibles no nos resultan suficientes como respuesta al problema señalado. Sería errado deducir de esta falta de utilización del hábeas data para el ejercicio y protección del derecho a la autodeterminación informativa, que no puedan estarse produciendo frecuentes excesos y atropellos en cuanto a la tenencia, registro, procesamiento o difusión indebida de datos personales por medio de servicios o sistemas informáticos.

En cualquier caso, podemos afirmar que la regulación establecida en el inciso 6° del artículo 2° de la Constitución, que sólo habilita expresamente a intentar impedir el suministro de datos que afectan la intimidad personal y familiar, conspira seriamente contra el ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa y su protección mediante el empleo de la acción de hábeas data, por las siguientes razones:

- La acción de garantía, en este caso el hábeas data, sólo resulta procedente y eficaz para prevenir la violación de un derecho o para restituir las cosas al estado anterior existente, en tanto ello resulte factible y siempre que la afectación no haya cesado o devenido en irreparable desde el ámbito de la protección constitucional. De modo que al preverse expresamente el uso de esta acción sólo para intentar impedir que se suministren ciertos datos personales que vulneran la intimidad personal o familiar, **bastará que dicha información ya haya sido suministrada para que el hábeas data pierda toda utilidad o eficacia** en este campo.
- La utilización del hábeas data, para proteger este derecho, tiene así muy pocas posibilidades o variantes de empleo, **resultando eficaz esencialmente si se ejercita con fines preventivos**, es decir, antes de que se realice o consume el suministro de los datos. La exactitud y el apremio en la oportunidad de la interposición de la acción resultan pues perentorios, con el agravante que habrá que agotar -como regla general- la “vía previa” del requerimiento notarial anterior al planteo de la acción. Además persistirá el riesgo de que durante dicho lapso, o aún si se sostiene en la demanda judicial una causa eximente del agotamiento de la vía previa o se solicita una medida cautelar suspensiva, el requerido desatienda el pedido del solicitante y proceda a suministrar o divulgar los datos personales.
- Otra limitación es la necesidad de realizar una interpretación extensiva de la norma constitucional, para argumentar que no sólo deben quedar excluidos de la divulgación o suministro los datos personales vinculados a la

intimidad, sino también los que se refieren a aspectos privados o reservados, y aquellos cuya difusión puede acarrear formas de discriminación.

- Pero para agudizar más este cuadro desfavorable a la eficacia del hábeas data en la protección del derecho a la autodeterminación informativa, resulta claro que para prevenir o impedir el suministro de datos personales sensibles o vulneratorios de la privacidad, se necesita previamente saber si nos encontramos incluidos en un registro o banco de datos así como conocer el contenido de la información almacenada. Sólo de esta forma se puede verificar la exactitud, veracidad y actualidad de los datos, o pretender la supresión de la información sensible o reservada indebidamente archivada o procesada. Y, como señalamos anteriormente, el texto literal de la norma constitucional no menciona expresamente estas atribuciones del titular del derecho a la autodeterminación informativa.

Sólo resta demandar que la futura reforma constitucional corrija las deficiencias e insuficiencias del actual inciso 6 del Art. 2° de la Carta de 1993, sin perjuicio que el legislador -mientras tanto- pueda dictar una norma de desarrollo constitucional que recoja el adecuado contenido y alcances del derecho a la autodeterminación informativa y la regulación de los sistemas informatizados de registro, almacenamiento y transmisión de datos personales, así como la protección de sus titulares. Asimismo promover una mayor utilización del hábeas data en ejercicio y defensa de este derecho, buscando que el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, por medio de sus sentencias, suplan y completen las carencias de que adolece la actual norma constitucional y, en buena medida, también la escasa legislación sobre la materia vigente en el país. Así se podrá preservar el apropiado equilibrio entre las necesidades de asegurar la libertad del flujo informativo y el respeto de la intimidad y privacidad de ciertos datos personales.

CONCLUSIONES

1.- **El derecho a la libertad de expresión e información y su nuevo contenido.**- El derecho a la libertad de expresión e información ha sufrido un importante proceso de ampliación en su contenido y alcances. Así, además de su tradicional referencia al derecho que asiste a toda persona de emitir y difundir libremente ideas, opiniones, pensamientos o informaciones, sin necesidad de autorización ni censura previa, asumiendo las responsabilidades que de ello se pueda derivar; se han sumado otros dos componentes: El derecho de todos a recibir libremente la información que otros emiten o producen, sin interferencias que impidan su circulación, difusión o el acceso a ella por parte de los usuarios o receptores. Y también el derecho a procurar, buscar, investigar y obtener informaciones, así como a difundirlas. Se puede entonces afirmar que las libertades de expresión e información suponen actualmente el reconocimiento de un derecho a la información y a la comunicación.

2.- **La exigencia de un deber de veracidad como elemento que diferencia a las libertades de expresión y de información.**- A pesar del indudable avance que implica esta dimensión integral del derecho a las libertades de expresión e información, resulta pertinente establecer alguna precisión conceptual que delimite y, de alguna manera, distinga el contenido y alcances específicos de ambas libertades. En particular respecto a la procedencia o no de exigir un deber de comunicar información veraz.

La libertad de expresión, por implicar la difusión de pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, tiene un contenido claramente subjetivo que no

está sujeto a un requisito de veracidad, pudiendo contener apreciaciones que se consideren discutibles o erradas. Pero esta ausencia de exigencia de veracidad no supone que carezca de límites, que están constituidos por el respeto a los derechos a la dignidad, honor, reputación, intimidad o imagen de las personas; cuya trasgresión conlleva responsabilidad en los ámbitos constitucional, civil o penal. La libertad de información, en cambio, por referirse a la comunicación de hechos, sucesos, noticias o datos, si está sometida a una exigencia de veracidad, en tanto tal información puede ser corroborada con mayor objetividad. La falta de veracidad de una información habilita el ejercicio del derecho de rectificación, sin perjuicio de las responsabilidades que pudiera ocasionar la falsedad o inexactitud de la información difundida.

3.- Restricciones al ejercicio de las libertades de expresión e información; la causal de seguridad nacional.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, coinciden en señalar como causales que autorizan la restricción de los derechos a la libertad de expresión e información razones de seguridad nacional y orden público, de salud y moral públicas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que no resultan admisibles ciertas prácticas o medidas restrictivas de las autoridades oficiales contra la libertad de información, incluso cuando se invoquen razones de seguridad nacional, para intentar justificar actos de censura o de negación al derecho de toda sociedad democrática de estar informada veraz y objetivamente sobre los hechos. Es así que se ha cuestionado la prohibición de la difusión, total o parcial, por medios de radiodifusión sonora o audiovisual, de los comunicados de grupos que realizan actos de violencia, la prohibición de entrevistas a testigos de actos de violencia y de personas vinculadas a dichas organizaciones, así como la de transmitir en directo -desde el lugar de los hechos- actos de violencia; configurando tales prácticas restricciones indebidas al derecho que tiene toda sociedad de ser informada sobre la realidad de los hechos.

Cierto es que esta acertada opción en favor del respeto de las libertades de expresión e información, sustento imprescindible de una sociedad democrática que debe reafirmarse en tales valores a pesar de los conflictos sociales o armados que afronte, exige de quienes procuran y difunden información una actitud madura, profesional, objetiva y responsable; imbuida del firme compromiso con valores y principios éticos y democráticos, que garanticen la preservación de éstos por encima de actitudes sensacionalistas o distorsionadoras, por ser ellas contrarias precisamente a la preservación del sistema democrático y de una prensa libre.

4.- Restricciones por razones de moral pública en materia de acceso a espectáculos.- La Convención Americana de Derechos Humanos permite imponer restricciones a la libertad de expresión e información por razones de moral pública, pero la regla básica es que esta limitación se manifiesta a través de la exigencia de la responsabilidad ulterior, mas no mediante la imposición de la censura previa. Sólo excepcionalmente, en el caso de los espectáculos públicos (Art. 13°, inc. 4) la Convención autoriza la invocación de salvaguarda de la moral pública como fundamento para imponer restricciones, siempre que esta exigencia esté contemplada por ley y que su finalidad sea la protección moral de la infancia y de la adolescencia. No se trata de una prohibición absoluta de tales espectáculos, sino una regulación en base al criterio objetivo de la edad, en aras de la protección de un determinado sector de la sociedad. Es decir, que se podrá excluir o impedir el acceso al espectáculo a los menores de edad, pero no prohibir o afectar su difusión o realización.

En consecuencia, de conformidad con la Convención, el legislador está habilitado para imponer por ley responsabilidades y sanciones a quienes afecten la moral pública a través del ejercicio indebido de las libertades de expresión e información, pero siempre en el marco de una justificación a la necesidad y razonabilidad de la medida. Claro está que el contenido y los alcances concretos de esta "*moral pública*", serán determinados por el legislador y por el órgano jurisdiccional, aunque consideramos que éstos

tendrán que sujetarse a los valores proclamados por la Constitución y a las conductas más aceptadas, practicadas y respetadas socialmente.

5.- Restricciones a la libertad de expresión e información durante la etapa final de los procesos electorales.- Si bien ninguno de los Pactos Internacionales analizados contempla a los períodos electorales dentro de las situaciones o causales habilitantes para establecer ciertas restricciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, lo cierto es que en la legislación de la mayor parte de los países Latinoamericanos se imponen prohibiciones tanto a la realización de actos de campaña y propaganda electoral como a la difusión de los resultados de encuestas o sondeos electorales, desde un lapso variable de días previos a la verificación del proceso electoral.

Se invoca como fundamento de estas restricciones otorgar a los ciudadanos un período final de reflexión para que puedan formarse -con mayor libertad, privacidad y calma- la opinión y la decisión que expresarán en el acto de sufragio. Se busca dejar al elector "a salvo" de la presión o saturación creada por el "bombardeo" de la propaganda electoral, prevenir que los actos finales de campaña pueden dar pie a alteraciones del orden público o generar enfrentamientos; asimismo, evitar que con la publicación o difusión de pronósticos o preferencias electorales se induzca a cambios en el sentido del voto.

No se trata pues de prohibiciones absolutas, pues a lo largo de toda la etapa anterior se concede plena facultad para realizar actos de campaña o propaganda electoral, para efectuar investigaciones sobre preferencias electorales y difundir sus resultados. En todo caso, lo que puede discutirse es cuál sería el plazo más apropiado o razonable de duración de esta prohibición, con miras a obtener eficazmente el objetivo procurado. Y creemos que dicho plazo puede depender o variar en función de las características de la realidad política y de la cultura cívica del electorado de cada sociedad.

No consideramos que, en principio, estas restricciones o prohibiciones durante la etapa final de los procesos electorales conllevan una violación al ejercicio de las libertades de expresión e información, a pesar de no estar previstas con tal carácter en la Convención Americana de Derechos Humanos. En primer lugar, porque las prohibiciones de realizar actos de campaña electoral durante un breve lapso anterior al acto de sufragio, obedecen principalmente a razones de preservación de la tranquilidad social y el orden público en el tramo final del proceso eleccionario, supuesto contemplado en la Convención. Y, en segundo lugar, porque las restricciones impuestas a la difusión de propaganda electoral y de sondeos de preferencias electorales en los días previos al sufragio, sólo hace prevalecer en esta última etapa los derechos del elector por sobre los de las agrupaciones políticas o las empresas de investigación electoral, que han gozado de plena libertad en todo el período restante. Pensamos, eso sí, que el plazo de la restricción debe ser muy breve y cercano al acto electoral, es decir, que prohibiciones a la difusión de sondeos electorales durante los 15 días previos a los comicios, como sucede en el Perú, resultan demasiado extensas e injustificadas.

Por último, cabe precisar que la prohibición existente en el Perú impide difundir los resultados de las encuestas o sondeos electorales a través de los medios de comunicación, siendo en verdad una limitación impuesta a éstos. Y es que las empresas dedicadas a la investigación electoral pueden seguir realizando su tarea, incluso el mismo día del acto de sufragio. Lo que no pueden es informar de estos resultados a la opinión pública a través de su difusión por los medios de comunicación. Siguiendo estos criterios, compartimos la decisión de nuestro Tribunal Constitucional cuando consideró inconstitucional la prohibición de la realización de encuestas a boca de urna y de la difusión de proyecciones del resultado electoral inmediatamente después de la culminación general del acto de sufragio.

6.- El ejercicio de la libertad de expresión e información durante estados de excepción.- Si bien en el inciso 2° del Art. 27° de la Convención Americana de Derechos Humanos se enumera un conjunto de derechos insuspendibles,

incluso durante los regímenes de excepción o emergencia, en este listado taxativo no se encuentran contempladas las libertades de pensamiento, expresión e información. En consecuencia, para la Convención estos derechos si podrían ser objeto de restricción o suspensión durante el período de emergencia. Ello difiere con el tratamiento que tradicionalmente han dado a esta materia nuestras constituciones, incluida la Carta de 1993, donde no se autoriza la suspensión de las libertades de opinión, expresión e información en el estado de emergencia. En cambio, si cabría aplicar esta restricción en el estado de sitio, previsto para situaciones más graves. Lo que resultaría compatible con la Convención.

7.- Libertad de información, afectación de la buena reputación y doctrina de la “real malicia”.- A partir del famoso caso Sullivan vs. New York Times, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha establecido que cuando un funcionario público entabla una acción reclamando indemnización por informaciones que considera falsas o difamatorias relativas a su conducta oficial, sólo tendría éxito si el mismo demandante prueba que las afirmaciones que lo afectan han sido realizadas por el medio de comunicación con claro conocimiento de que eran falsas (es decir, con dolo o malicia) o con temerario desinterés por verificar acerca de si eran verdaderas o falsas. A ello se conoce como la doctrina de la “real malicia”.

Esta doctrina implica que el deber de veracidad para los medios de comunicación no consiste en exponer la verdad absoluta, sino en buscar leal y honradamente lo verdadero, lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe. Las informaciones inexactas pueden clasificarse así en dos categorías: las falsas, que son las engañosas o simuladas, proporcionadas con el fin de engañar con dolo y mala fe; y las erróneas, que son fruto de una concepción equivocada de la realidad, que induce de buena fe al error. Las primeras conllevan para su autor responsabilidad civil y penal, mientras que las segundas no generan obligación de reparar los daños causados si se prueba que se han utilizado el cuidado, atención y diligencia para evitarlos.

Es evidente que la doctrina de la “real malicia” apunta a fortalecer la capacidad de fiscalización y denuncia y la labor informativa de los medios de comunicación respecto a la gestión y conducta de los funcionarios públicos, entendiendo que ello es fundamental no sólo para las libertades de expresión e información sino también para el control social del poder estatal y de la labor de las autoridades en una sociedad democrática. Por ello exime de responsabilidad a informaciones que puedan resultar, a la postre, falsas, erradas o no probadas, a condición de que se hayan difundido sin dolo ni mala fe, es decir, creyendo en su veracidad y habiendo desplegado una razonable diligencia para verificar su seriedad o autenticidad, como corresponde a una labor informativa responsable.

8.- Derecho de rectificación y respuesta.- El derecho de rectificación constituye un correlato necesario de la libertad de expresión e información, pues es ejercido por el agraviado por una información que, debido a la afectación que le provoca, necesita aportar su versión de los hechos en forma inmediata y gratuita, en el mismo medio y con igual espacio. Como sostienen diversos autores, el derecho de rectificación, de respuesta o réplica, puede ser caracterizado como aquel que se confiere a quien ha sido aludido en un medio de comunicación, a fin de que –bajo ciertas condiciones-- pueda contestarlo en aquél, sin tener que abonar por el espacio gráfico, radial o televisivo.

El ejercicio del derecho de rectificación por quien se estima afectado por informaciones que considera inexactas, falsas o agraviantes, no lo obliga a probar la veracidad de sus afirmaciones; pero la publicación obligatoria de la rectificación en el medio de comunicación, tampoco les confiere veracidad ni permite asumir la necesaria falsedad de la información proporcionada por el medio. Este derecho de rectificación se circunscribe a la aclaración, por el presunto afectado, de hechos tenidos por éste como inexactos, erróneos o agraviantes, pero no implica la potestad de un derecho genérico de exigir la publicación “rectificatoria” debido a discrepancia sobre opiniones en trono a la información cuestionada. La información calificada de inexacta o agraviante,

debe causar un perjuicio directo a la reputación o el honor de la persona que solicita la rectificación.

El inciso 7° del Art. 2° de la Constitución Peruana de 1993 establece el derecho de rectificación como la vía de ejercer una protección constitucional, ante las afirmaciones inexactas o agraviantes difundidas a través de un medio de comunicación social que afectan a una persona; esta norma recoge lo expuesto en el Art. 14.1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que involucra los derechos de rectificación y respuesta; otras normas y autores utilizan también indistintamente -junto a ambas denominaciones- la de derecho de réplica. Aunque en el texto constitucional peruano se habla de derecho de rectificación, consideramos que debe interpretarse (en armonía con la Convención Americana de Derechos Humanos) en el sentido que comprende tanto el poder rectificar afirmaciones inexactas como la respuesta o réplica frente a las que tienen carácter agraviante. De allí que la legislación nacional vigente en esta materia y diversas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, que circunscriben el derecho de rectificación sólo a la aclaración de afirmaciones inexactas o falsas, pero que no hacen referencia o excluyen (en el caso del TC) la posibilidad de exigir una respuesta o réplica frente a las que se considere ofensivas a la reputación, suponen a nuestro entender una regulación e interpretación injustificadamente restrictiva de este derecho, por lo que deberían ser corregidas.

9.- Derecho a la intimidad y a la vida privada: contenido y alcances.- El derecho a la intimidad o a la vida privada involucra al conjunto de actos, situaciones o circunstancias que, por su carácter personalísimo, no se encuentran normalmente expuestos al dominio público. Protege tanto la intimidad de la persona como la de su familia, y comprende la libertad del individuo para conducirse en determinados espacios y tiempo, libre de perturbaciones ocasionadas por terceros, así como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados.

El derecho a la intimidad se proyecta en dos dimensiones: como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida la intimidad como secreto, atentan contra ella todas las intromisiones o divulgaciones ilegítimas respecto a hechos relacionados con la vida privada o familiar, o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual, la intimidad 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.

La vulneración de la intimidad personal y familiar se produce por la sola intromisión externa o perturbación no autorizadas en las áreas privadas o reservadas (actos, hechos, hábitos, datos) que comprende, así como con la divulgación de su contenido sin contar con el consentimiento de su titular. Son estas acciones las que configuran la violación del derecho, sin necesidad de que con ellas se produzca ningún daño o perjuicio adicional a la persona afectada, bastando la simple molestia ocasionada por la intromisión en la esfera íntima o privada, o por la comunicación no deseada ni autorizada a terceros de aspectos que forman parte de ésta y que su titular desea mantener en reserva.

10.- Aspectos involucrados en el derecho a la intimidad y a la vida privada.- Si bien no existe una delimitación uniforme o exhaustiva del conjunto de aspectos involucrados o incluidos dentro del contenido del derecho a la intimidad y a la vida privada, se aprecia relativo consenso en considerar que involucra aspectos vinculados con la sexualidad, incluyendo la vida conyugal, la procreación; las relaciones sentimentales, las relaciones paterno-filiales y familiares; la salud y enfermedades, la muerte; los recuerdos personales, los hechos traumáticos, las preferencias y hábitos privados; las aficiones y temores. Según esta enumeración, ciertamente no taxativa, conviene advertir (y admitir) que dentro de este derecho se involucran hechos, aspectos, datos e informaciones tanto de tipo estrictamente íntimo (vinculados al ámbito interno de la vida personal o familiar) como otros que sin tener carácter íntimo igualmente son y deben ser objeto de privacidad y reserva para garantizar la

calidad de vida y la dignidad de la persona en una sociedad libre, democrática y civilizada.

11.- Intimidad y personajes públicos o notorios.- Los márgenes de extensión de la intimidad y privacidad son mucho más restringidos cuando se trata de personajes públicos o socialmente notorios, en atención a la función, labor o actividad que desarrollan, que los coloca en una posición más expuesta a la mirada o al interés de la colectividad. Es así que se admite que, tratándose de este tipo de personas, ciertos hechos, situaciones o hábitos que normalmente se asumen como reservados y protegidos por el derecho a la intimidad, puedan ser válidamente objeto de divulgación sin necesidad de recabar el consentimiento del titular, o incluso a pesar de su negativa, en consideración a las implicancias que de ellos se derivan o por el interés de la colectividad en conocerlos, obviamente por razones que trascienden a la mera curiosidad, al ánimo de “chisme” o al sensacionalismo informativo.

La prevalencia del derecho a la información y difusión del hecho, en desmedro de su carácter normalmente íntimo o privado, sólo resultará justificado cuando tenga directa vinculación o incidencia en las funciones y actividades que desempeña la persona afectada, así como en el interés general o público del conocimiento de tales hechos o datos por parte de la comunidad. Fuera de este supuesto, la vulneración de esferas reservadas propias de la intimidad o del derecho a la vida privada conllevará responsabilidad de reparación e indemnización por parte de quien difunda informaciones que afectan dichos ámbitos, incluso tratándose de personajes públicos o que gozan de notoriedad social o popularidad.

12.- Prohibición de toda censura previa.- El artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra la regla de la responsabilidad ulterior ante la afectación que se pueda ocasionar a derechos de las personas mediante el ejercicio de las libertades de expresión e información, prohibiendo toda forma de censura previa. A su vez, el Art. 2º, inciso 4, de la Constitución

Peruana de 1993 establece que el ejercicio de las libertades de expresión e información se realiza “*sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos*”. Se trata de una garantía esencial para la real vigencia de este derecho, pues no cabe admitir que su ejercicio esté supeditado a una revisión o calificación previa de las autoridades, confiriéndoles así la posibilidad de impedir, cercenar o mutilar la difusión de ciertas opiniones, contenidos o informaciones.

En nuestra opinión, la censura previa debemos entenderla como cualquier forma de control oficial, por parte de las autoridades políticas o administrativas, que condicione o supedite la difusión de informaciones o ideas a su revisión y aprobación por parte de dichas autoridades o funcionarios, pretendiendo imponer restricciones, exclusiones parciales y hasta prohibiciones totales a su difusión o a aspectos de su contenido. Por esta razón, discrepamos de la doctrina surgida de la jurisprudencia actual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional en cuanto establecen que también debe considerarse como una forma de censura previa al mandato judicial que disponga la suspensión o prohibición de difusión de una información o publicación, aduciendo la violación de derechos de la personalidad (honor, reputación, intimidad, imagen o dignidad).

No tenemos duda de la importancia de preservar el derecho a las libertades de expresión e información, lo que lleva a preferir -como principio general- su realización antes que a propiciar restricciones a su pleno ejercicio. Tampoco en cuanto a la clara opción en su favor que hacen la Convención Americana de Derechos Humanos y nuestra Constitución, las que prohíben expresamente toda forma de censura previa. Sin embargo, creemos que se presenta una situación distinta cuando se pretende considerar y equiparar, como hacen la CIDH y nuestro TC, como una forma de censura previa los mandatos judiciales que suspenden temporalmente o prohíben la difusión de alguna información o publicación por vulnerar un derecho fundamental de la personalidad, sobre todo en el caso del derecho a la intimidad. En nuestra opinión, la prohibición de la censura previa, opción que compartimos plenamente, se refiere al control que pretendan 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 derechos fundamentales como la intimidad o la dignidad de la persona, cuando resultan manifiesta, indebida o innecesariamente afectados a través del ejercicio abusivo de la libertad de expresión e información.

13.- Censura previa y mandatos judiciales protectivos de la intimidad personal.- Compartimos la interpretación que hacen la CIDH y nuestro TC en cuanto a que la protección del derecho al honor o a la buena reputación no admiten la imposición de una censura previa de la información, ni siquiera por parte de un mandato judicial, pues la Convención expresamente atribuye para su protección la exigencia ulterior de responsabilidades, que pueden conllevar para el infractor la obligación de reparar e indemnizar a la víctima. Incluso mediante el derecho de rectificación y de respuesta ejercido por el afectado, o mediante la aclaración o subsanación ulterior efectuada por el propio medio de comunicación, puede lograrse el objetivo del restablecimiento del derecho.

Esta situación no se configura cuando se produce la vulneración del derecho a la intimidad personal y a la vida privada, pues ya no alcanzarían posibilidad de protección en el ámbito de un proceso constitucional una vez que el daño se ha efectivizado. Ello es lo que impone establecer ciertas previsiones y excepciones a la interpretación plasmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Constitucional, antes que propugnar su alcance generalizado e indiferenciado, a fin de evitar algunas posibles consecuencias irrazonables que podrán derivarse de su aplicación u observancia rígida.

De aceptarse, en forma tajante, que cuando la Convención Americana de Derechos Humanos y nuestra Constitución prohíben toda forma de censura previa incluyen también dentro de ésta a los mandatos judiciales, quedaría excluida toda posibilidad de interposición de un amparo con fines preventivos, es decir, destinado a suspender o prohibir la difusión de informaciones que afecten injustificada e irrazonablemente la intimidad personal. Esta

interpretación conduciría indefectiblemente a la virtual indefensión, en el ámbito procesal constitucional, de la intimidad personal y del derecho a la vida privada, restringiéndose su protección únicamente a demandar posteriormente a la producción del daño la reparación e indemnización correspondiente o la sanción penal al agresor.

Proponemos, en definitiva, la compatibilidad con la Convención y la Constitución de una intervención judicial preventiva o correctiva, a través del amparo, que pueda disponer la suspensión o prohibición de la difusión de ciertas informaciones por considerarlas violatorias de la intimidad personal y el derecho a la vida privada, cuando el juzgador -luego de realizar la debida ponderación- constate que no se trata de asuntos de índole pública o política, o que no exista un legítimo interés general en su conocimiento y divulgación. Esta opción, claro está, cabría aplicarse por la autoridad judicial únicamente en casos excepcionales, donde la necesidad o justificación de preservar la reserva de ciertos hechos resulte socialmente prevaleciente, facultad que tendrían que manejar los jueces con especial prudencia y razonabilidad.

14.- La posición preferente de la libertad de expresión e información y los riesgos e incongruencias de su adopción genérica, sin una adecuada ponderación judicial.- La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que algunos tribunales constitucionales como el peruano, han acogido la jurisprudencia predominante de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el sentido de otorgar una posición preferente a las libertades de expresión e información frente a los derechos de la personalidad con que pudieran colisionar en su ejercicio. Esta concepción se ha construido a partir de una interpretación del contenido y alcances de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, entendiendo que la prevalencia de la libertad de expresión se justifica en tanto contribuye a garantizar la existencia de una opinión pública libre, el control del poder político, la vigencia de la democracia y el debate de las ideas y de los temas de interés general.

Distinto es el criterio dominante de interpretación asumido por el Tribunal Constitucional Alemán, que ha asumido que el valor fundamental a preservar en su ordenamiento constitucional y el régimen político es la dignidad de la persona, sin duda como una explicable reacción ante los crímenes y atrocidades cometidos durante el régimen Nazi contra la vida, la dignidad e integridad humana. Una revisión de la Constitución Peruana de 1993, en especial de su Art. 1°, lleva a la conclusión que nuestro régimen político y constitucional también consagra, como principio y valor supremo prioritario, a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como deber fundamental del Estado y la Sociedad

Encontramos diversos fundamentos constitucionales para desestimar la adopción genérica o “mecánica”, por parte de los tribunales, de una posición preferente o supremacía a priori de la libertad de expresión e información. Cabe así plantear los siguientes:

- a) Todos los distintos derechos consagrados en los pactos internacionales de derechos humanos y en nuestra Constitución tienen jurídica y formalmente igual valor y deben tener igual posibilidad de protección y tutela judicial efectiva. En consecuencia, no encontramos fundamento suficiente para admitir una prevalencia o preferencia a priori de un determinado derecho sobre otros, aunque se trate de uno tan importante (desde el punto de vista social y político) como la libertad de expresión e información. La doctrina de la posición preferente de la libertad de expresión e información encuentra fundamento en un sistema como el de los Estados Unidos, pero no en el régimen constitucional peruano que, expresamente, consagra la supremacía de la dignidad de la persona como valor y deber fundamental. En consecuencia, cuando se presenta un conflicto entre dos derechos fundamentales, la opción de preferir alguno de ellos que realiza el juez debe estar determinada por las características específicas del caso, la ponderación de los intereses en juego y no por una supuesta superioridad o jerarquía a priori de algún derecho sobre otro.

- b) La prevalencia de la libertad de expresión e información, sobre la intimidad, el respeto de la vida privada u otros derechos de la personalidad, puede justificarse plenamente cuando se trata de hechos o situaciones donde existe un legítimo interés general en su divulgación y conocimiento, sea por estar referidos a temas esenciales para la formación de la opinión pública o el debate político, la fiscalización de la conducta o gestión de las autoridades o funcionarios, etc. Ello debe determinarse en el caso concreto, apreciando el tipo de personaje de que se trata, la naturaleza de los hechos involucrados y la relevancia o necesidad de su divulgación. Si bien admitimos una “presunción” en favor de la prevalencia de la libertad de información, debe estar sujeta a verificación en el análisis del caso concreto.
- c) No creemos que deba ni pueda establecerse una extensión o aplicación mecánica o automática de la prevalencia de la libertad de información, de manera indiscriminada a cualquier acto individual de ejercicio de este derecho. Con mayor razón cuando se trate de conductas vulneratorias de los principios éticos básicos que deben guiar la actuación informativa responsable en una sociedad democrática y respetuosa de los derechos de las personas, en las que incurre la llamada “prensa amarilla” o sensacionalista. Cuando en el ejercicio de las libertades de expresión o de información se configura un caso de notorio abuso del derecho en desmedro de la intimidad personal, el uso de la propia imagen o en perjuicio de la reputación, no encontramos razonable que se goce de esta protección general si se observa que estamos ante una actuación ajena a los valores que se procura cautelar en la labor informativa, tales como la veracidad y el respeto de la dignidad de las personas.
- d) Resulta admisible que, en general, se sostenga que mientras la libertad de información salvaguarda intereses generales o colectivos (una sociedad libre y democrática, derecho a expresarse y a estar informado), la intimidad personal, el derecho a la vida privada, a la buena reputación o a la imagen propia privilegian el interés individual de la persona afectada. Sin embargo ello no puede llevar a minimizar el valor de estos derechos, en especial de

la intimidad personal, pues se trata de derechos de la personalidad igualmente esenciales dentro de una sociedad democrática y libre, por lo que mal podríamos resignarnos a su “sacrificio” inevitable en todos los casos, en aras del predominio de la vigencia de la libertad de información, aún cuando ésta se haya ejercido, a criterio del juez, en forma abusiva o inescrupulosa.

Por lo expuesto, no somos favorables a que los tribunales adopten cualquiera de las posiciones que, indistintamente, plantean la posición preferente o la prevalencia a priori, de un derecho fundamental, incluida la libertad de información, en necesario desmedro de otro. Creemos que la solución del conflicto generado por la colisión entre estos derechos debe resolverse analizando y ponderando judicialmente, 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. Afirmamos que debe existir una orientación general en favor del predominio de la libertad de información, utilizándose la prohibición judicial de difusión de informaciones en defensa de la intimidad personal en forma excepcional, cuando se constate que se trata de aspectos reservados en cuya divulgación no existe legítimo interés público.

15.- La censura indirecta y la autocensura.- La Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe expresamente las formas de censura indirecta que puedan ejercer las autoridades estatales en agravio del ejercicio de las libertades de expresión e información, mediante mecanismos tales como las trabas para el abastecimiento de papel para diarios, el condicionamiento político del otorgamiento o renovación de licencias o concesiones para la explotación de frecuencias radioeléctricas, o la afectación de los aparatos o implementos que se utilizan en la labor de comunicación social. A ellas podrían agregarse, a la luz de la experiencia del régimen fujimorista, modalidades de censura indirecta más camufladas como la amenaza al medio de retirar la publicidad estatal, la presión u hostilización de la entidad estatal de recaudación y control tributario, o la instrumentación gubernamental del

Ministerio Público o el Poder Judicial con fines de persecución penal para el amedrentamiento de los críticos u opositores.

También deben considerarse como atentados contra la libertad de expresión e información, ciertas formas de “autocensura” adoptadas por el propio medio de comunicación o los periodistas, donde éstos deciden evitar la difusión de informaciones que puedan incomodar al régimen o sujetar su contenido a determinados parámetros. Ello ya sea como consecuencia del sometimiento de los medios de comunicación a la censura indirecta o por el temor a sufrir represalias personales o perjuicios económicos. Pero esta autocensura puede responder también al beneficio económico o político que reditúa al medio de comunicación y sus propietarios la retribución que le proporcionen entidades gubernamentales o privadas como contraprestación por la difusión de información manipulada o controlada favorable a sus intereses.

16.- Libertad de información y libertad de empresa.- A menudo se observa una indebida identificación o asimilación, no pocas veces interesada, entre la libertad de información y la libertad de empresa. Ciertamente las empresas que realizan actividades de comunicación social o de índole informativa, tienen un conjunto de derechos propios de su condición de empresa y otros específicos vinculados al ejercicio de la libertad informativa. Pero ello no significa que cualquier acto o decisión de los propietarios o de quienes dirigen una empresa dedicada a la difusión informativa y comunicación social, como la cancelación de un programa de radio o televisión o el despido de un periodista atendiendo a razones políticas o ideológicas, o la omisión de informaciones u opiniones que no coinciden con la opción política o los intereses económicos de los titulares de la organización, puedan válidamente ser calificados como inherentes al ejercicio del derecho a la libertad de información.

Por el contrario, conllevan una clara violación de las libertades de expresión e información, sea que obedezcan a actos de censura indirecta o de autocensura, pues vulneran no sólo la libertad de expresión de los periodistas sino el derecho de los ciudadanos a que se propale y reciba información veraz.

Y es que si bien es admisible que un medio de comunicación exprese sus opiniones políticas o defienda sus intereses, consideramos que debe realizarlo utilizando su espacio editorial o mediante pronunciamientos; ello no lo autoriza a excluir deliberadamente a otros sectores de opinión o intereses con los que discrepa. Con mayor razón tratándose de emisoras de radio o televisión ya que, a diferencia de los diarios o publicaciones, utilizan el espectro radioeléctrico en virtud de autorizaciones o concesiones del Estado, el que debe velar para que el ejercicio de la labor informativa respete los derechos del conjunto de los ciudadanos.

17.- El derecho a la autodeterminación informativa y su contenido.-

Aunque su sustento se encuentra en las nociones de protección de la intimidad y privacidad, el surgimiento y la configuración autónoma de este derecho son fenómenos muy recientes, como resultado y efecto del vertiginoso desarrollo de la informática y de las nuevas tecnologías de la comunicación. Involucra la protección y el control del titular del derecho frente al registro, utilización y transmisión informática de sus datos personales, sean los de carácter íntimo o “sensibles”, como los que -a pesar de no tener estrictamente dicho carácter- igualmente merecen ser objeto de preservación, control y reserva.

El derecho a la autodeterminación informativa y la protección frente al uso informático de los datos personales, fue incorporado a nuestro ordenamiento constitucional recién con la Carta de 1993, aunque sin una denominación específica y con notorias insuficiencias y limitaciones. Ello no sólo desdibuja y restringe severamente sus alcances, sino que afecta sus posibilidades de aplicación y eficacia. Y es que el derecho a la autodeterminación informativa o el hábeas data, como también se le conoce en ciertos países, supone brindar protección frente a posibles riesgos o abusos derivados del registro y utilización informática de los datos personales, proporcionando al titular afectado -desde un punto de vista conceptual o doctrinario- las facultades siguientes: acceder o conocer las informaciones y datos relacionados con su persona, existentes en archivos, registros o bancos de datos informatizados; actualizar la información o rectificar los datos inexactos; lograr la exclusión o

supresión de los "datos sensibles" que no deben ser objeto de registro ni de difusión, a fin de salvaguardar la intimidad personal o de impedir la eventual discriminación; así como poder oponerse a la transmisión y difusión de los mismos.

18.- Deficiencias e insuficiencias del tratamiento de la autodeterminación informativa en la vigente Constitución Peruana.- El inciso 6° del artículo 2° de la Constitución Peruana de 1993 recoge este derecho en forma insuficiente, pues sólo autoriza expresamente al titular a oponerse a que se suministren informaciones que afecten su intimidad personal y familiar. Una interpretación literal de esta norma constitucional, que obviamente descartamos, no incluiría el derecho de la persona a acceder (conocer y recibir) a la información o datos que le conciernen y que se hayan registrados en el banco de datos; y sin esta facultad, mal pueden ejercitarse acciones como solicitar y exigir la rectificación o actualización de datos inexactos o falsos, ni mucho menos la supresión de datos sensibles o reservados que afectan la intimidad personal o familiar.

Sin perjuicio de estas deficiencias de la norma constitucional respecto al contenido y alcances del derecho a la autodeterminación informativa, resulta un avance la Ley N° 27490, "Ley que regula las Centrales Privadas de Información de Riesgos y de protección al titular de la información". En el Art. 13° de dicha norma se consigna como derechos de la persona cuyos datos se encuentran registrados el acceso a la información referida a sí misma; el derecho de modificar o cancelar la información que sea ilegal, inexacta, errónea o caduca; así como el derecho a rectificar la información que haya sido suministrada y adolezca de tales vicios. La Ley N° 27863 añadió como derecho del titular la actualización de la información sobre pagos parciales o totales realizados.

Otra deficiencia de la norma constitucional está referida a la poca clara determinación de las entidades o instituciones que pueden ser emplazadas por el titular de los datos personales, pues ésta señala que se trata de "servicios informáticos", sean computarizados o no, públicos o privados. Con ello cabría entender que se refiere a entidades cuya actividad está relacionada con el

recojo, archivo, sistematización y difusión de datos; con la finalidad de brindar servicio informativo, de registro o de consulta destinado al público o a terceros.

Sin embargo, la utilización de la denominación “servicios informáticos” resulta equívoca pues, de acuerdo a una interpretación literal, parecería que sólo pretende involucrar a las instituciones públicas o empresas privadas que proporcionan o venden servicios informáticos a terceros. Si ello fuera así, se podría llegar al absurdo que ciertos registros, archivos o bancos de datos personales que poseen organismos estatales (Ministerio del Interior, Dirección de Migraciones, Policía, Municipalidades), podrían quedar excluidos de los alcances de la norma constitucional alegando que no son un “servicio informático”, en la medida que la finalidad de sus sistemas informáticos es servir de apoyo a su actividad funcional, mas no suministrar informaciones a terceros ni poner dichos datos a disposición o consulta del público. No creemos que esta interpretación restrictiva de la norma constitucional sea la más razonable.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ABAD YUPANQUI, SAMUEL: "Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales"; en, "Lecturas sobre Temas Constitucionales 10": Comisión Andina de Juristas; Lima, 1994.
- AFONSO DA SILVA, JOSE: "Curso de Direito Constitucional Positivo"; Editora Revista dos Tribunais; Brasil (1991); 756 págs.
- AGUIAR DE LUQUE, LUIS y PÉREZ TREMPES, PABLO (directores): "Veinte años de jurisdicción constitucional en España"; Instituto de Derecho Público Comparado; Tirant lo Blanch, Valencia, España (2002); 319 págs.
- APARICIO SALOM, JAVIER: "Estudios sobre la ley orgánica de protección de datos de carácter personal"; ARANZADI; Madrid (2002); 369 págs.
- AA.VV.: "Derecho a la autodeterminación informativa y acción de hábeas data en Iberoamérica"; IUS et PRAXIS, año 3, N° 1; Revista de la Universidad de Talca; Chile (1997); 458 págs.
- AA.VV.: "Libertad de opinión e información y derecho a la privacidad y a la honra"; IUS et PRAXIS, Revista de la Universidad de Talca, año 6, N° 1; Chile (2000); 663 págs.
- AA.VV.: "Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva Latinoamericana"; Colección ¿Más Derecho?; Fabián Di Placido Editor – Fundación Konrad Adenauer; Buenos Aires, Argentina (Nov. 2002); 484 págs.
- BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA: "El derecho fundamental al Honor"; TECNOS, Madrid (1992); 203 págs.
- BIANCHI, ENRIQUE TOMÁS y GULLCO HERNÁN VÍCTOR: "El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros"; Librería Editorial Platense; La Plata, Argentina (1997); 378 págs.
- BOQUENFORDE, ERNST-WOLFGANG: "Escritos sobre derechos fundamentales"; Nomos Verlagsgesellschaft; Baden-Baden; Alemania (1993); 138 pág.
- BOREA ODRÍA, ALBERTO: "Evolución de las Garantías Constitucionales"; GRIJLEY; Lima (1996); 676 págs.

- BOTERO MARINO, CATALINA; JARAMILLO, JUAN FERNANDO; UPRIMNY YEPES, RODRIGO: "Libertad de información, democracia y control judicial: La jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada"; informe (2003).
- CARPIO MARCOS, EDGAR: "La interpretación de los derechos fundamentales"; Serie derechos y garantías N° 9; Palestra Editores; Lima (2004); 166 págs.
- CASTILLO CÓRDOVA, LUIS: Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales"; Universidad de Piura – ARA Editores; Lima (Dic. 2003); 297 págs.
- CIFUENTES MUÑOZ EDUARDO: "El Hábeas Data en Colombia"; en, "Derecho a la autodeterminación informativa y acción de hábeas data en Iberoamérica"; revista IUS et PRAXIS, año 3, N° 1; Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (1997) Chile. Este trabajo también ha sido publicado en "DERECHO" N° 51, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (diciembre de 1997).
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: "Protección de los Derechos Humanos: Definiciones operativas"; Lima, Perú (julio 1997); 304 págs.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: "Derechos Humanos, Democracia y Libertad de Expresión"; Lima (2002); 252 págs.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: "Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia"; OEA; doc. 39 rev., 14 de octubre de 1993.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Informe N° 11/96, Caso 11.230: CHILE; 3 de mayo de 1996.
- CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO: DIARIO DE LOS DEBATES; DEBATE CONSTITUCIONAL – PLENO 1993"; 3 tomos; (julio 1998).
- CORTE CONSTITUCIONAL y CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DE COLOMBIA: "Jurisdicción constitucional de Colombia: La Corte Constitucional 1992 – 2000. Realidades y perspectivas"; Fundación Konrad Adenauer; Colombia (febrero 2001); 573 págs.
- DE ABREU DALLARI, DALMO: "El hábeas data en Brasil"; en, "Derecho a la autodeterminación informativa y hábeas data en Iberoamérica"; revista Ius et Praxis, año 3, N° 1; Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; Chile (1997).
- DE ABREU DALLARI, DALMO: "O habeas data no sistema jurídico brasileiro"; en, "DERECHO" N° 51, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (diciembre de 1997).

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO: "Lineamientos para la reforma de la Justicia Militar en el Perú"; serie Informes Defensoriales N° 6; Lima (marzo 98).
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO: "Situación de la libertad de expresión en el Perú"; Serie Informes Defensoriales, Informe N° 48; Lima; (noviembre 2000); 270 págs.
- EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO JOSÉ: "El hábeas Data y su desarrollo en el Perú"; en, Liber amicorum Héctor Fix Zamudio; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Costa Rica (1998). También publicado en "DERECHO" N° 51; revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (diciembre de 1997).
- EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO JOSÉ: "La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: El caso peruano"; en, IUS et PRAXIS, revista de la Universidad de Talca, año 6, N° 1; Chile (2000); Págs. 135 a 175.
- EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO JOSÉ: "*Estudios Constitucionales*", ARA Editores; Lima (mayo 2002); 558 págs.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL y PIZZOLO, CALÓGERO: "Hábeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática"; Depalma; Buenos Aires (1996).
- ESCOBAR, GUILLERMO y VILLANUEVA, ERNESTO (Coordinadores): "Nuevas tendencias del derecho a la comunicación: Visiones desde España y México"; Colección Cuadernos de Derecho de la Información y la Comunicación; Universidad Iberoamericana; México (Nov 2000); 256 págs.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: "El régimen jurídico del tratamiento automatizado de datos de carácter personal en España"; en, "DERECHO" N° 51, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; (diciembre de 1997).
- GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO: "Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial"; Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid – Editorial Civitas (1994); 303 págs.
- GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO: "Garantías Constitucionales en la Constitución Peruana de 1993"; en, "La Constitución de 1993; análisis y comentarios"; serie Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 10; Comisión Andina de Juristas; Lima (1994).
- HERRERO-TEJEDOR FERNANDO: "Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión"; Editorial COLEX; Madrid (1998); 320 págs.

- KRSTICEVIC VIVIANA, VIVANCO JOSÉ MIGUEL, MÉNDEZ JUAN y PORTER DREW: "Freedom of Spresion and National Security in the Inter-American System of Human Rights protection"; (agosto 1995); documento impreso.
- LANDA ARROYO, CÉSAR: "Tribunal Constitucional y Estado Democrático"; Segunda edición; Palestra Editores; Lima (Nov. 2003); 869 págs.
- LORCA NAVARRETE, JOSÉ F.: "Derechos Fundamentales y Jurisprudencia"; Ediciones Pirámide; Madrid (1995); 222 págs.
- LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, MAGDALENA: "Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales"; Editorial Comares; Granada, España (1996); 252 págs.
- LORETI, DAMIÁN M: "El derecho a la información: Relación entre medios, público y periodistas"; PAIDÓS Estudios de Comunicación; Buenos Aires, Argentina; (1995); 246 págs.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: "El derecho a la autodeterminación informativa"; TECNOS (Madrid, 1990); 207 págs.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: "Informática y protección de datos personales"; en, Cuadernos y Debates 43; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid (1993); 165 Págs.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa"; en, "Revista de Estudios Políticos" N° 104 (abril-junio 1999); Madrid, España.
- LLAMAS POMBO, EUGENIO (coordinador): "Libertad de Expresión: Estudio jurisprudencial"; Editorial Trivium; Madrid (Nov. 1997); 356 págs.
- MARCIANI BURGOS, BETZABÉ: "*¿Es posible establecer una posición preferente del derecho a la libertad de expresión?: Una respuesta a partir de los fundamentos del derecho a la libertad de expresión analizados en el caso de la parodia o expresión humorística.*"; Tesis para obtener el título de abogada; Pontificia Universidad Católica del Perú, (2003); 399 págs.
- MORALES GODÓ, JUAN: "El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información"; GRIJLEY, Lima (1995); 410 págs.
- MORALES GODÓ, JUAN: "El right of privacy norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Estudio comparado"; en "DERECHO" N° 49, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; (diciembre de 1995).
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO: "Reflexiones sobre el establecimiento constitucional del Hábeas Data y del Proyecto en tramitación parlamentaria sobre la materia"; en, "Derecho a la autodeterminación informativa y acción

- de hábeas data en Iberoamérica"; revista "IUS et PRAXIS" año 3, N°1; Universidad de Talca, Chile (1997).
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO: "El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites "honra y vida privada"; Lexis Nexis, Cono Sur; Chile (Sept. 2002); 385 págs.
 - NOVOA MONREAL, EDUARDO: "Derecho a la vida privada y libertad de información"; Siglo XXI; México (1979).
 - O' DONNELL, DANIEL: "Protección Internacional de los Derechos Humanos"; CAJ; 2da edición; Lima (1989); 752 págs.
 - PÉREZ LUÑO, ANTONIO: "Los derechos fundamentales"; Tecnos; Madrid; tercera edición (1988); 228 págs.
 - PIERINI ALICIA, LORENCES VALENTÍN, TORNABENE MARÍA INÉS: "Hábeas Data: Derecho a la Intimidad"; Editorial Universidad; Buenos Aires, Argentina (1998); 292 págs.
 - PLANAS SILVA, PEDRO: "Normas para regular la campaña electoral"; en, "Simposio sobre reforma electoral: Memoria", AA.VV; IFES, Fundación Internacional para Sistemas Electorales; (Lima, 1996).
 - PRIETO SANCHÍS, LUIS: "Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial"; Palestra Editores; Lima (Nov. 2002); 230 págs.
 - PUCCINELLI, OSCAR RAÚL: "Hábeas data en las provincias argentinas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"; en, "DERECHO N° 51; revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (diciembre de 1997).
 - PUCCINELLI, OSCAR RAÚL: "El hábeas data en Indoiberoamérica"; TEMIS; Santa Fe de Bogotá, Colombia (1999); 607 págs.
 - RIVERA LLANO, ABELARDO: "La protección de la intimidad y el honor y la informática"; en, ESTUDIOS PENALES. Homenaje al profesor Luis Carlos Pérez, edición dirigida por Jorge Enrique Valencia; TEMIS; Bogotá (1984).
 - RUBIO CORREA, MARCIAL: "Estudio de la Constitución Política de 1993"; 6 tomos; Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial (1999).
 - SAAVEDRA ROJAS, EDGAR: "El derecho a la intimidad y la inconstitucionalidad de la exceptio veritatis en los delitos de calumnia e injuria"; en, "Estudios Penales en homenaje al profesor Luis Carlos Pérez"; dirigido por Jorge Enrique Valencia; TEMIS; Bogotá (1984).
 - SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO: "Hábeas Data: su desarrollo constitucional"; en, "Lecturas Constitucionales Andinas" N 3; Comisión Andina de Juristas; (Lima, 1994).

- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO: “Elementos de Derecho Constitucional”, 2 tomos; ASTREA; Buenos Aires (1997).
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO: “El hábeas data en Argentina”; en, “Derecho a la autodeterminación informativa y la acción de hábeas data en Iberoamérica”; revista IUS et PRAXIS, año 3, N° 1; Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (1997) Chile. Este trabajo también ha sido publicado en “DERECHO” N° 51; revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (diciembre de 1997).
- SCHWABE, JÜRGEN (compilador): “Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”; Fundación Konrad Adenauer; Bogotá (febrero 2003); 501 págs.
- SUÁREZ, CHRISTIAN: “Informática, vida privada y los proyectos chilenos sobre protección de datos”; en, “Derecho a la autodeterminación informativa y acción de hábeas data en Iberoamérica”; revista “IUS et PRAXIS” año 3 N°1 (1997); Universidad de Talca, Chile.
- VÁSQUEZ RÍOS, ALDO: “Conflicto entre intimidad y libertad de información: La experiencia europea”; Universidad de San Martín de Porres; Lima (1998): 184 págs.
- VILLANUEVA, ERNESTO: “Régimen constitucional de las libertades de expresión e información en los países del mundo”; editorial Fragua; Madrid (1997); 226 págs.
- VILLANUEVA, ERNESTO: “Derecho comparado de la información”; Universidad Iberoamericana y Comisión de Radio, Televisión y Cinematografía; México (1998); 541 págs.
- ZÚÑIGA U., FRANCISCO: “El derecho a la intimidad y sus paradigmas”; en, Derecho a la autodeterminación informativa y acción de hábeas data en Iberoamérica”; revista “IUS et PRAXIS” año 3, N° 1 (1997); Universidad de Talca, Chile. Este trabajo también ha sido publicado en “DERECHO” N° 51, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (diciembre 97).