



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# CONFLICTOS ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Luis Castillo-Córdova

Perú, mayo de 2005

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho



Esta obra está bajo una [licencia](#)  
[Creative Commons Atribución-](#)  
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. LÍMITES INMANENTES O INTRÍNSECOS Y LÍMITES EXTRÍNSECOS. II. RECHAZO DE LAS JERARQUÍAS ABSTRACTAS Y RECEPCIÓN DE LAS JERARQUÍAS CONCRETAS DE DERECHOS CONSTITUCIONALES. III. LA DOCTRINA DE LAS LIBERTADES PREFERIDAS. 1. *Planteamiento general*. 2. *En particular sobre las libertades de expresión e información y el derecho al honor y a la intimidad*. IV. CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE CONFLICTO DE DERECHOS. 1. *Un recordatorio general*. 2. *Algunas críticas en función de algunos casos particulares*. A) Invoca la doctrina conflictivista sin aplicarla realmente a la solución del caso. B) Solución correcta y razonamiento constitucionalmente criticable. C) Solución incorrecta por influencia de la doctrina de la posición preferente de la libertad de información. D) Solución correcta e invocación innecesaria de la doctrina de la posición preferente. E) Solución acertada y lenguaje equívoco. V. A MODO DE CONCLUSIÓN: DE LA TEORÍA ABSOLUTA INVOCADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA REFORMULACIÓN DE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS

#### I. LÍMITES INMANENTES O INTRÍNSECOS Y LÍMITES EXTRÍNSECOS

La doctrina de los conflictos entre derechos constitucionales y junto a ella la teoría de los límites de los derechos constitucionales, no está plenamente definida y terminada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Eso no quiere decir que no existan fallos del más Alto tribunal de justicia constitucional, que permitan avizorar los elementos del camino por el cual –al menos hasta ahora– parece haberse decantado por recorrer.

En las distintas resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, se puede advertir que el Supremo intérprete de la Constitución habla de “conflicto de derechos”, y de “conflicto entre bienes constitucionales”. Así, por ejemplo, tiene declarado que hay que “ponderar los diferentes derechos y bienes constitucionales en conflicto, y establecer, con carácter general, los principios y reglas conforme a los cuales se deberán resolver las controversias”<sup>1</sup>. Sin embargo, conviene preguntarse si el empleo de esta terminología es realmente consecuencia de haberse asumido los postulados y la lógica de la doctrina conflictivista de los derechos constitucionales tal y como ha sido estudiada anteriormente.

Con carácter general se debe decir que el Tribunal Constitucional no solamente ha empleado una terminología propia de la doctrina conflictual, sino que además en muchas ocasiones ha mencionado los postulados propios de esa doctrina, pero sin que en todas ellas los haya aplicado de modo efectivo para solucionar la concreta controversia que tenía encargada.

El Tribunal Constitucional ha optado por lo que se estudió postulaba la doctrina absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales. Así, para el Alto Tribunal los derechos constitucionales están compuestos por un contenido esencial que se define como el *núcleo mínimo e irreductible, indisponible para el legislador, y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia*<sup>2</sup>. Así mismo, todo derecho constitucional

<sup>1</sup> Exp. 0858–AA/TC, de 24 de marzo de 2004, f. j. 14.

<sup>2</sup> Exp. 1122–2000–AA/TC, de 14 de marzo de 2001, f. j. 2.



cuenta con un contenido no esencial, que se define en contraposición al núcleo, es decir, es un contenido que puede ser *restringido o limitado siempre de una manera proporcionada*<sup>3</sup>.

En el fondo, el Tribunal Constitucional concibe el contenido de los derechos fundamentales como una realidad que tiende a expandirse ilimitadamente, pero que debido a las necesidades de convivencia humana, el legislador –y el poder político en general– estaba habilitado no sólo para detener esa expansión del derecho, sino incluso para hacer retroceder lo avanzado, es decir, no sólo para limitar sino también para restringir el contenido del derecho. Pero sólo estaba permitida aquella restricción que no desnaturalizase al derecho o le haga perder su virtualidad<sup>4</sup>. Es así como definía el Supremo intérprete de la Constitución el carácter absoluto de los derechos constitucionales: que los derechos no son absolutos significa que los derechos no pueden ser ejercitados ilimitadamente. Ha manifestado el Tribunal Constitucional que “no es posible hablar sobre esta base de derechos absolutos (...) toda vez que, a la luz de nuestra Constitución, el ejercicio ilimitado del derecho no se encuentra garantizado”<sup>5</sup>.

Los derechos constitucionales –dentro de la concepción del Tribunal Constitucional– no son realidades limitadas en sí mismas. El derecho nace con un contenido que es ilimitado y que necesita de limitaciones y –eventualmente– de restricciones. En este contexto, los límites de los derechos no son las fronteras o contornos internos que demarcan el espacio jurídico que protege el derecho y que lo define como tal derecho. Los límites son las compresiones y las restricciones externas que impone –por ejemplo– el legislador al contenido –y consecuentemente al ejercicio– del derecho.

Los límites de los derechos, por tanto, no surgen de su propia naturaleza y finalidad, sino que “los límites a los derechos pueden surgir de la misma norma que reconoce el derecho, del conflicto entre un derecho constitucional y uno o más derechos constitucionales, del conflicto entre un derecho constitucional y uno o varios bienes jurídicos constitucionales, o también pueden surgir de la legislación que desarrolle o regule su ejercicio”<sup>6</sup>.

En el mejor de los casos, dentro de la concepción que de límites formula el Tribunal Constitucional, serían una suerte de límites externos o extrínsecos que vienen a complementar aquellos otros límites que brotan de la misma naturaleza del derecho. Así,

---

<sup>3</sup> Como se recordará, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “conforme al criterio uniforme de este Colegiado, ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento “no esencial” del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)”. Exp. 0004–2004–AI/TC de 21 de septiembre de 2004, f. j. 7.

<sup>4</sup> Como ya se dijo, tiene declarado el Tribunal Constitucional, que “con carácter general, todos los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones o restricciones en su ejercicio. Pero, cuando ello se haga, tales límites no pueden afectar el contenido esencial de ellos, pues la limitación de un derecho no puede entenderse como autorización para suprimirlo”. Exp. 0905–2001–AA/TC, de 14 de agosto de 2002, f. j. 14.

<sup>5</sup> Exp. 2465–2004–AA/TC, de 11 de octubre de 2004, f. j. 16.

<sup>6</sup> Exp. 1164–2003–HC/TC, de 02 de julio de 2004, f. j. 3.

por ejemplo, refiriéndose al derecho de prueba ha manifestado que “[c]omo todo derecho constitucional, *el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones*, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión”<sup>7</sup>.

Y es que, dentro de la doctrina del Tribunal Constitucional pueden distinguirse dos tipos de límites en los derechos constitucionales. Primero, los “límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho”<sup>8</sup>. Segundo, los límites que pueden ser denominados como *límites externos* que vendrían exigidos por *la necesidad de su ejercicio armonioso con otros derechos o bienes constitucionales*.

Con otras palabras, los límites a los que se puede someter un derecho constitucional “pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales”<sup>9</sup>.

Por tanto, se reconocen dos tipos de límites en el contenido de los derechos constitucionales: los límites inmanentes o límites intrínsecos y los límites extrínsecos. Dentro de la concepción del contenido esencial y no esencial de los derechos constitucionales que tiene el Tribunal Constitucional se puede concluir que los límites inmanentes o intrínsecos vendrían a constituir la frontera interna o inmanente o natural que define el contenido esencial del derecho, su núcleo básico, y que no podrían ser trasgredidos porque desnaturalizaría el derecho mismo. Mientras que los límites externos o extrínsecos serían el producto de las restricciones a las que se sometería el contenido no esencial del derecho y que son formulados por una necesidad fáctica no jurídica: la convivencia humana, que supone el ejercicio armónico de los derechos de todas las personas. Estos últimos límites serán legítimos “siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad”<sup>10</sup>.

## II. RECHAZO DE LAS JERARQUÍAS ABSTRACTAS Y RECEPCIÓN DE LAS JERARQUÍAS CONCRETAS DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Si el contenido de los derechos constitucionales tiende a expandirse ilimitadamente al punto que requieren de restricciones o limitaciones externas al derecho mismo, entonces no hay problema en admitir que los derechos entran realmente en conflicto. Esto no es más que una consecuencia necesaria de la definición de derecho y de límite de derecho que, como se ha visto, ha asumido el Tribunal Constitucional. Así, se puede afirmar que de modo tácito el Supremo intérprete de la Constitución ha admitido la teoría conflictivista con relación a los derechos fundamentales. No otra cosa se puede concluir de la afirmación del Tribunal Constitucional en la que establece que los límites (externos) de los

<sup>7</sup> Exp. 0010–2002–AI/TC, de 03 de enero de 2003, f. j. 134.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Exp. 1081–2002–HC/TC, de 12 de agosto de 2002, f. j. 5.

<sup>10</sup> Exp. 0010–2002–AI/TC, citado, f. j. 135.



derechos constitucionales pueden ser fruto “del conflicto entre un derecho constitucional y uno o más derechos constitucionales, del conflicto entre un derecho constitucional y uno o varios bienes jurídicos constitucionales”<sup>11</sup>.

Si el Tribunal Constitucional ha admitido que los derechos constitucionales pueden entrar en conflicto verdadero, no queda más que examinar cuales son los mecanismos de solución que el Alto Tribunal ha establecido para solucionar los referidos conflictos. Sobre este particular, el Tribunal Constitucional no es del todo claro, entre otras cosas, porque no es del todo constante y coherente en su doctrina constitucional.

Se recordará, que los mecanismos propuestos por la teoría conflictivista de derechos constitucionales, son la jerarquía de derechos (jerarquía abstracta), y la ponderación de derechos (jerarquía concreta). El Tribunal Constitucional ha rechazado expresamente que la solución de los conflictos de derechos pueda ser fruto de una jerarquía abstracta de derechos constitucionales.

Como se verá más adelante, una de las doctrinas que emplea el Tribunal Constitucional para la solución de los conflictos es la doctrina de las libertades preferidas. Pues bien, es dentro de esta doctrina que el Supremo intérprete de la Constitución ha rechazado la jerarquía abstracta como solución a los problemas conflictuales entre derechos. En referencia al derecho constitucional de acceso a la información pública recogido en el primer párrafo del artículo 2.5 CP, tiene dicho el referido Alto Tribunal que la condición de libertad preferida que puede asignar a un determinado derecho “no quiere decir que al interior de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que ella reconoce, en la cúspide del cual se encuentre o pueda encontrarse el derecho de acceso a la información u otros derechos que cuentan igualmente con idéntica condición. Y, en ese sentido, que una colisión de éste con otros derechos fundamentales se resuelva en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de libertad preferida. Evidentemente ello no es así. Todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales”<sup>12</sup>.

El Tribunal Constitucional rechaza, pues, la jerarquía general y abstracta de derechos constitucionales para resolver los –por él admitidos– conflictos de derechos constitucionales. Lo que propone es “ponderar los diferentes derechos y bienes constitucionales en conflicto”<sup>13</sup>, de modo que se pueda establecer –en buena cuenta– cual de ellos debe prevalecer en el caso concreto. A esto se refiere el Tribunal Constitucional cuando afirma que “ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer [de modo general y abstracto] unos [derechos] sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica”<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Exp. 1164–2004–HC/TC, citado, f. j. 3.

<sup>12</sup> Exp. 1797–2002–HD/TC, de 29 de enero de 2003, f. j. 11.

<sup>13</sup> Exp. 0858–2003–AA/TC, citado, f. j. 14.

<sup>14</sup> Exp. 1797–2002–HD/TC, citado, f. j. 11.

Con base en esta ponderación de derechos constitucionales o jerarquía concreta, el Tribunal Constitucional termina por admitir como constitucionales una serie de afectaciones de los mencionados derechos. En primer lugar, admite las *limitaciones* del contenido de los derechos: “para que una limitación del derecho no sea incompatible con los derechos constitucionales a los que restringe, ésta debe respetar su contenido esencial”<sup>15</sup>. En segundo lugar, da acogida a las *restricciones* del contenido de los derechos: un derecho constitucional “podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial (...); y, b) cuando la limitación del elemento ‘no esencial’ del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)”<sup>16</sup>.

Y, en tercer lugar, admite que hay derechos constitucionales que pueden *sacrificarse*, lo cual ocurrirá siempre que exista un *interés superior*: “dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el recurrente, encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria *compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente*, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa”<sup>17</sup>.

Dentro de la lógica conflictual, el derecho que podrá ser limitado, restringido o sacrificado, será el derecho que resulte jerárquicamente inferior luego de realizada la ponderación de derechos en el caso concreto que se intente resolver.

### III. LA DOCTRINA DE LAS LIBERTADES PREFERIDAS

#### 1. *Planteamiento general*

Como consecuencia de haber aceptado el Tribunal Constitucional que los derechos entran en verdadero conflicto y que la solución de los mismos pasa por admitir una jerarquización de derechos constitucionales, no abstracta sino concreta, ha hecho suya la doctrina de las libertades preferidas o preferentes. Para el Tribunal Constitucional, es perfectamente defendible que las libertades de expresión e información y el derecho de acceso a la información en entidades públicas puedan tener una posición preferente respecto de derechos como pueden ser el honor o la intimidad.

Es indudable que para un Estado democrático como el peruano, resulta especialmente importante que en la práctica pueda constatarse una plena y efectiva vigencia de libertades como la de expresión y la de información o el derecho de acceso a información en entidades públicas. El afianzamiento del sistema democrático pasa, que duda cabe, por el

<sup>15</sup> Exp. 0010-2002-I/TC, citado, f. j. 105.

<sup>16</sup> Exp. 0004-2004-AI/TC, citado, f. j. 7.

<sup>17</sup> Exp. 0895-2001-AA/TC, de 19 de agosto de 2002, f. j. 9. Otro caso en el que acepta “sacrificar un derecho constitucional” es en el Exp. 1747-2002-AA/TC, de 19 de diciembre de 2003, f. j. 3. La cursiva de la letra es añadida.





conocimiento y discusión de los diferentes asuntos de relevancia pública; y la manera natural de hacerlo es a través del ejercicio de libertades como las mencionadas, en la medida que con ellas se conforma y consolida una imprescindible opinión pública realmente libre. A partir de esta constatación, el Tribunal Constitucional ha establecido su doctrina sobre las libertades preferidas.

En lo que respecta a las libertades de expresión e información, ha dicho que “[t]ambién se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública”<sup>18</sup>. Por esta relevancia política, las mencionadas libertades “tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública”<sup>19</sup>. La consecuencia de esta posición preferida es que “cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, *aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales*”<sup>20</sup>.

En lo referido al derecho de acceso a información en entidades públicas, ha mencionado el Tribunal Constitucional que “el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático. En efecto, el derecho en referencia no sólo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana (art. 1º de la Constitución), sino también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública”<sup>21</sup>. Como consecuencia de esta importancia para el sistema democrático, ha establecido el Tribunal Constitucional que “cuando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública contribuye a la formación de una opinión pública, libre e informada, éste tiene la condición de libertad preferida”<sup>22</sup>.

Los resultados de predicar una posición preferida del derecho de acceso a información en entidades públicas son los mismos que en el caso de la libertad de expresión e información: optimizar más intensamente el derecho aunque con ello se pueda afectar otros derechos constitucionales. Sin embargo, esto no lo ha manifestado expresamente el Tribunal Constitucional debido a que hasta ahora los casos que sobre el derecho de acceso a la información que ha tenido que resolver no han sido en oposición a otros derechos constitucionales –como la intimidad o el honor– sino que se han formulado frente a negativas del poder público a otorgar una información por considerarla reservada o confidencial<sup>23</sup>.

Las consecuencias que expresamente ha formulado el Tribunal Constitucional es que “tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no sólo se encuentren sujetos a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de

<sup>18</sup> Exp. 0905–2001–AA/TC, citado, f. j. 11.

<sup>19</sup> Idem, f. j. 13.

<sup>20</sup> Ibidem. La cursiva es añadida.

<sup>21</sup> Exp. 1797–2002– HD/TC, citado, f. j. 11.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Véase Exp. 1797–2002– HD/TC, citado, f. j. 11; Exp. 1219–2003–HD/TC, de 21 de enero de 2004, f. j. 6; Exp. 2579–2003–HD/TC, de 06 de abril de 2004, f. j. 6.



razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, *prima facie*, de la presunción de constitucionalidad”<sup>24</sup>.

Consecuentemente, “[e]sta presunción de inconstitucionalidad de la ley que lo restringe se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que sólo manteniendo tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado”<sup>25</sup>.

## 2. En particular sobre las libertades de expresión e información y el derecho al honor y a la intimidad

En la medida que especialmente ha sido respecto de las libertades de expresión e información que el Tribunal Constitucional ha formulado la preferencia de estas libertades sobre derechos como la intimidad o el honor, es que resulta relevante referirse ahora a esas libertades. En estos casos, lo que en buena cuenta propone el Tribunal Constitucional es que cuando se tenga que examinar casos en los que concurren las libertades de expresión o información con otros derechos como el honor o la intimidad, y con las primeras se favorezca el debate de la cosa pública, se ha de preferir a las mencionadas libertades antes que a estos derechos. La preferencia de las libertades deberá verificarse aún en detrimento de los mencionado u otros derechos constitucionales.

Esta posición prevalente, sin embargo, no es absoluta, sino relativa siempre al caso concreto. Esto significa que la posición prevalente no debe hacer pensar en una posición jerárquicamente superior de las libertades comunicativas frente a otros derechos, de manera que aquellas prevalezcan siempre y en todo caso en los que concurren en contraposición con esos otros derechos. Sino que la prevalencia se dará teniendo siempre en cuenta las concretas circunstancias del caso, de modo que examinadas estas se pueda concluir en una *preferencia concreta*.

Para que esta preferencia concreta pueda configurarse, se debe concluir de lo mencionado por el Tribunal Constitucional, “deben concurrir los siguientes dos requisitos. Primero, que el ejercicio de las libertades se sujete a sus límites. Y segundo, que contribuyan al debate sobre las cosas que interesan a todos, es decir (...) que lo comunicado tenga relevancia pública a fin de que favorezca la formación de una opinión pública. De ser así, la libertad de expresión e información se impondrá sobre derechos como el honor y la intimidad”<sup>26</sup>.

Así se concluye de declaraciones del Tribunal Constitucional como aquella en la que afirmó que la condición de libertades preferidas “no implica que ambas libertades tengan que

<sup>24</sup> Exp. 1797–2002– HD/TC, citado, f. j. 11.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Algunas cuestiones que genera la vigencia conjunta de las libertades comunicativas y los derechos al honor y a la intimidad*. En: “Revista Peruana de Jurisprudencia” 40, Lima 2004, p. CXXII.



considerarse como absolutas, esto es, no sujetas a límites o que sus excesos no sean sancionables”<sup>27</sup>. O de aquella otra en la que afirmó que “en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública”<sup>28</sup>. O, en fin, de aquella en la que manifestó que “ha de prestarse una más intensa tutela a la libertad de información si, en el caso, la información propalada tiene significación pública, no se sustenta en expresiones desmedidas o lesivas a la dignidad de las personas o, pese a ser falsa, sin embargo, ésta no se ha propalado animada por objetivos ilícitos o socialmente incorrectos del informante”<sup>29</sup>.

#### IV. CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE CONFLICTO DE DERECHOS

##### 1. *Un recordatorio general*

A través de un nuevo y constitucionalmente más correcto entendimiento de la figura del contenido constitucional o contenido esencial de los derechos constitucionales, se debe considerar a los derechos como realidades *limitadas, ilimitables y delimitables*<sup>30</sup>. No debería hablarse de límites entendidos como restricciones que provienen desde afuera y que restringen el alcance jurídicamente natural del contenido constitucional del derecho, alcance que es esencialmente limitado en sí mismo. El Tribunal Constitucional hace bien en considerar que los derechos tienen unos límites intrínsecos o inmanentes, pero no atina cuando propone la formulación de unos límites extrínsecos como realidades desconectadas de los límites inmanentes. Y no atina porque incluso los límites que se reconocen a los derechos y que provienen de la necesidad de hacer posible su ejercicio conjunto, son límites que pertenecen a la propia naturaleza del derecho, pues ningún derecho supone alguna facultad cuyo ejercicio no permita el ejercicio constitucional de otro derecho o bien igualmente constitucional. Por principio, ningún derecho supone un contenido ilimitado que haga necesario restringir ese contenido para permitir el ejercicio de otros derechos constitucionales.

El Tribunal Constitucional, como se ha estudiado, tiene mencionado en sus distintas resoluciones los elementos que configuran la doctrina conflictivista sobre los derechos constitucionales. Por ello, todas las críticas que se pueden formular a esta doctrina, se deben formular de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: vulnera el principio de normatividad constitucional, el principio de unidad y sistematicidad de la Constitución, y propone soluciones inconstitucionales e injustas cuando –consciente o inconscientemente– admite jerarquía de derechos. Complementariamente, se debe insistir en la consideración de los derechos constitucionales como realidades que sólo en apariencia pueden entrar en conflicto, como realidades cuyos contenidos constitucionales permiten una vigencia conjunta y armónica de los distintos derechos, pues son derechos

<sup>27</sup> Exp. 0905–2001–AA/TC, citado, f. j. 14.

<sup>28</sup> Idem, f. j. 13.

<sup>29</sup> Idem, f. j. 15.

<sup>30</sup> Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* En: “Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional”, n° 12, Enero-Junio 2005, ps. 99–129.

que tienen su base en la naturaleza humana que es una realidad unitaria y coherente, y que han sido recogidos en una norma que debe ser interpretada como una unidad sistemática.

## 2. *Algunas críticas en función de algunos casos particulares*

Formulado este recordatorio conviene formular la siguiente pregunta: ¿aplica el Tribunal Constitucional los distintos elementos que de la doctrina conflictivista menciona al solucionar los casos que se le presentan? La cuestión se formula al menos por las dos siguientes razones. Primera, porque el Tribunal Constitucional tiene alguna declaración proponiendo una vigencia conjunta y armónica de los derechos constitucionales. Segunda, porque las declaraciones del Tribunal Constitucional transcritas en las que declara los principios de la doctrina conflictivista, son declaraciones generales que necesitan ser comprobadas en la solución de los casos concretos.

A) Invoca la doctrina conflictivista sin aplicarla realmente a la solución del caso

El primero de los casos concretos que se examinarán será el resuelto en el Exp. 1085–2003–HC/TC. Una de las cuestiones –la que ahora interesa resaltar– que se planteó en este caso fue acerca de la vulneración del derecho a la libertad personal del demandante en hábeas corpus<sup>31</sup>.

En palabras del Tribunal Constitucional, “[d]e la demanda interpuesta se desprende que dos son los temas que, fundamentalmente, plantea el recurrente: a) la vulneración, por parte de una decisión jurisdiccional, del principio de legalidad penal y de su derecho a la libertad personal, al haberse ‘acumulado’ dos penas dictadas en su contra, sin que tal posibilidad se encuentre prevista en la Constitución, en el Código Penal o en el Código de Ejecución Penal”<sup>32</sup>.

Para resolver esta cuestión el Tribunal Constitucional hace la siguiente declaración: “[r]especto a la supuesta violación del derecho a la libertad, es oportuno recordar que este derecho no es absoluto (...) Los límites a los derechos pueden surgir de la misma norma que reconoce el derecho, del conflicto entre un derecho constitucional y uno o más derechos constitucionales, del conflicto entre un derecho constitucional y uno o varios bienes jurídicos constitucionales, o de la legislación que desarrolle o regule su ejercicio”<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Se lee en los antecedentes de la sentencia del Tribunal Constitucional que “[c]on fecha 6 de marzo de 2003, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, sosteniendo que la emplazada, con fecha 28 de enero de 1999, lo condenó por delito de violación en grado de tentativa, imponiéndole la pena privativa de la libertad de 17 años, revocando el beneficio de semilibertad que le había sido concedido por el Noveno Juzgado Penal de Arequipa respecto de una anterior condena que le había sido impuesta por la comisión de delito contra la libertad sexual. Alega que la Sala emplazada, sin tener competencia para revocar tal beneficio, acumuló aritméticamente las dos penas, lo que ocasiona que permanezca privado de su libertad en forma indefinida”. Exp. 1085–2003–HC/TC, citado, primer párrafo de los antecedentes.

<sup>32</sup> Idem, f. j. 1.

<sup>33</sup> Idem, f. j. 3.



El Tribunal Constitucional reconoce la existencia de los conflictos de derechos constitucionales y reconoce que justamente de esos conflictos surgen *límites* a los que se deben sujetar los derechos constitucionales. Pero en el caso que resuelve no es uno de enfrentamiento entre derechos constitucionales o de enfrentamiento de un derecho constitucional contra un bien constitucional. Se trataba simplemente de establecer si una concreta acción del órgano judicial había o no violado el derecho a la libertad del recurrente. Es decir, y como aquí se ha sostenido, se trataba de establecer en el caso concreto cuál es el contenido constitucional del derecho de libertad del demandante.

Y a eso es a lo que se dedica el Tribunal Constitucional, aunque sin decirlo expresamente. En efecto, lo que en definitiva realiza el Tribunal Constitucional es una labor de determinación del contenido del derecho de libertad del demandante. Lo hace acudiendo al texto constitucional: “[e]n el presente caso nos encontramos frente al primer tipo de límites. En efecto, conforme al artículo 2º, inciso 24, literal b) de la Constitución, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. En lo que al caso incumbe, debe establecerse si la aplicación sucesiva de penas al condenado que, gozando del beneficio de semilibertad, comete un nuevo delito, constituye una restricción del derecho a la libertad prevista en la ley, compatible con la Constitución”<sup>34</sup>.

Lo hace, así mismo, acudiendo al texto internacional sobre derechos humanos vinculante para el Estado peruano: “[p]ara precisar la noción ‘casos previstos en la ley’, como límite del derecho a la libertad, debemos aplicar la regla que señala que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución). En tal sentido, el artículo 9º, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que nadie podrá ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ella. Del mismo modo, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone, en su artículo 7º, inciso 2, que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. Por tanto, la restricción constitucional de la libertad tendrá que cumplir los procedimientos, causas y condiciones previstas en la ley”<sup>35</sup>.

El Tribunal Constitucional declara infundado el amparo porque concluye que el juez penal al disponer la encarcelación del demandante actuó ciñéndose al procedimiento establecido en la ley y, por tanto, no encuentra restricción o violación alguna del derecho a la libertad del recurrente: “[e]n consecuencia, la aplicación sucesiva de penas al demandante cumple con lo dispuesto por el artículo 2º, inciso 24, literal b) de la Constitución, respecto a que los límites del derecho a la libertad deben respetar los procedimientos, causas y condiciones previstas en la ley”<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Idem, f. j. 4.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Idem, f. j. 9.

En este caso, por tanto, el Tribunal Constitucional si bien menciona elementos propios de la doctrina conflictivista (el reconocimiento de los conflictos y el concepto de límites como restricciones que provienen de fuera del derecho mismo), en estricto, en la solución del caso no aplica ninguno de estos elementos. Por el contrario, sin decirlo expresamente, lo que realiza es una labor hermenéutica dirigida en definitiva a determinar en el caso concreto el contenido constitucional del derecho a la libertad del recurrente en amparo.

#### B) Solución correcta y razonamiento constitucionalmente criticable

El segundo caso que aquí se analizará es el Exp. 0895–2001–AA/TC. El caso consistía en que el demandante en amparo, médico de profesión y trabajador de la Seguridad social, argumentaba violación de sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y de religión porque en el Hospital en el que prestaba servicios se le había programado turno para los días sábados. Esta programación resultaba un cambio de lo que había sido una práctica desde los últimos cinco años en los que nunca se le dio turno en día sábado porque el Hospital conocía de su pertenencia a la Iglesia Adventista del séptimo día, la misma que no permitía laborar en sábado.

El caso fue planteado por el Tribunal Constitucional como un conflicto entre el derecho constitucional de objeción de conciencia y el derecho de *ius variandi* que tiene asignado el empleador. Más allá del acierto o del error del Tribunal Constitucional en considerar que estaba en juego un supuesto derecho constitucional de objeción de conciencia<sup>37</sup>, lo cierto es que para resolver este conflicto el Tribunal Constitucional habría admitido que el derecho constitucional debería ser sacrificado si es que hubiesen razones atendibles para ello.

Así dijo el mencionado Alto Tribunal: “dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el recurrente, encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a *intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente*, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa”<sup>38</sup>. Debido a que no se han aportado esas razones objetivas el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de amparo.

En el caso concreto, la solución a la que llega el Tribunal Constitucional es la adecuada. Sin embargo, el camino que sigue para fundamentarla es bastante criticable. Se habría llegado a ese mismo resultado, pero esta vez mediante un camino constitucionalmente correcto, si se hubiese abordado el problema desde la óptica del contenido constitucional de los derechos. Se tendría que haber partido de la premisa –ya fundamentada aquí– que los

<sup>37</sup> Para un comentario a la sentencia del Exp. 0895–2001–AA/TC, en el que entre otras cosas se critica la interpretación que del derecho de objeción de conciencia hace el Tribunal Constitucional, véase MOSQUERA MONELOS, Susana. *Un conflicto entre conciencia y ley en el ordenamiento peruano: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de agosto de 2002*. En: “Revista de Derecho de la Universidad de Piura” 5, Piura 2004, ps. 469–509.

<sup>38</sup> Exp. 0895–2001–AA/TC, citado, f. j. 9.



derechos constitucionales no pueden *sacrificarse* porque su contenido es ilimitable y, por tanto, es absoluto. No existe ningún interés superior de ninguna entidad hospitalaria que justifique el sacrificio de un derecho fundamental. Así, la cuestión habría sido definir si el hecho de trabajar en día sábado formaba o no parte del contenido constitucional del derecho a la libertad de conciencia definido en el caso concreto.

Mirando las concretas circunstancias –como lo hace el Tribunal Constitucional– se habría llegado a la conclusión de que formaba parte del contenido constitucional de la libertad de religión la prohibición de trabajar en sábado. Dos elementos que definen el caso así lo exigen: primero, el hecho que el demandante profesaba una religión que le preceptuaba el descanso en día sábado; y segundo, el hecho que en los últimos años no se le había hecho trabajar en sábado y que las circunstancias no habían variado (al menos no fue acreditado por el empleador) de modo que hicieran exigible que el médico adventista trabajase en día sábado. Estas circunstancias hacían que la no programación de turno en sábado cayese dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de religión. No es que no haya existido fundamento (un supuesto “interés superior”) para el sacrificio del derecho constitucional, sino sencillamente que la pretensión del médico adventista sí formaba parte del contenido constitucional del derecho fundamental.

¿Qué hubiese ocurrido si realmente hubiesen habido cambios en las circunstancias que obligaban al centro hospitalario a programar turno en sábado para el médico adventista? Si el hospital no tiene modo de no programar turno en día sábado para el médico adventista, entonces hubiese ocurrido que en esas concretas circunstancias el contenido constitucional del derecho a la libertad de religión no abarcaba la pretensión del médico adventista de no trabajar en sábado, porque no forma parte del contenido constitucional de este derecho el poner en riesgo el buen funcionamiento de la entidad empleadora en la prestación de los servicios médicos. Esto no habría significado el reconocimiento de la existencia de un *interés superior* que permita sacrificar el derecho, como si ese interés hubiese prevalecido sobre el derecho fundamental del médico adventista en una relación conflictual. Simplemente hubiese ocurrido la delimitación del contenido constitucional de la libertad religiosa del médico en el caso concreto. Y es que los derechos constitucionales no pueden sacrificarse en su contenido constitucional, como ya se tuvo oportunidad de fundamentar.

#### C) Solución incorrecta por influencia de la doctrina de la posición preferente de la libertad de información

El Tercer caso que se comentará es el Exp. 0905–2001–AA/TC. Para lo que aquí interesa, en este caso el Tribunal Constitucional contrapuso el derecho al honor de la demandante (una entidad financiera) y el ejercicio de la libertad de información de la demandada (una empresa de comunicación y unos concretos periodistas que ahí laboraban). La demanda de amparo se interpuso con la finalidad de que los demandados “se abstengan de difundir noticias inexactas”<sup>39</sup>.

El Tribunal Constitucional, luego de declarar la posición preferente de las libertades de expresión e información, manifestó que esa condición de preferencia “requiere que, cada

<sup>39</sup> Exp. 0905–2001–AA/TC, citado, primer párrafo de los antecedentes.



vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, *aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales*<sup>40</sup>.

La aceptación expresa por parte del Tribunal Constitucional de que el ejercicio de una libertad preferida puede afectar otros derechos constitucionales, le ha llevado a interpretar la cláusula de prohibición de censura previa como un dispositivo que permite la violación de derechos constitucionales. Dijo el Tribunal Constitucional que “conforme se desprende del artículo 2º, inciso 4), de la Constitución vigente, 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, cualquiera que sea su naturaleza, pueda propalar la información”<sup>41</sup>.

Según el Tribunal Constitucional, los medios de comunicación pueden informar lo que quieran de la manera que quieran porque así lo permite el ejercicio de la libertad preferida de información y expresión. Quedan, por tanto, habilitados a vulnerar el derecho al honor y el derecho a la intimidad de las personas. En esos casos, sólo será posible una actuación posterior: “lo anterior no significa que los derechos al honor o a la buena reputación, mediante estas libertades, queden desprotegidos o en un absoluto estado de indefensión, pues, en tales casos, el propio ordenamiento constitucional ha previsto que sus mecanismos de control tengan que actuar en forma reparadora, mediante los diversos procesos que allí se tienen previstos”<sup>42</sup>.

El único mecanismo que prevé el texto constitucional es el llamado derecho de rectificación (artículo 2.7 CP)<sup>43</sup>. Si algún efecto reparador se le ha de reconocer a este mecanismo ese es sólo para referirlo, y de manera bien limitada, al derecho al honor. Este derecho tiene por objeto “proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás”<sup>44</sup>, y su lesión se configura fundamentalmente con la transmisión y/o difusión de hechos no ciertos y/o acompañados de calificativos injuriosos.

En estos casos, la reparación “podría darse sólo en el supuesto que la rectificación pueda ser igualmente vista u oída por los que vieron u oyeron la transmisión de hechos falsos, de modo que todos ellos adquirieran el convencimiento que un sujeto no es o no ha hecho lo que inicialmente se dijo que era o que había hecho”<sup>45</sup>. En un plano teórico esto podría ser posible<sup>46</sup>, pero “[e]n el fondo, el honor no es reparable, porque las difamaciones que se han

---

<sup>40</sup> Idem, f. j. 14.

<sup>41</sup> Idem, f. j. 15.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> En la segunda parte del artículo 2.7 CP se ha dispuesto que “[t]oda 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 (...)”.

<sup>44</sup> Exp. 0446–2002–AA/TC, de 19 de diciembre de 2003, f. j. 2.

<sup>45</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Algunas cuestiones que...*, ob. cit., p. CXXXII.

<sup>46</sup> Como ha escrito Toller, “pues el bien jurídico dañado, la consideración pública de que se goza, puede restaurarse sólo en el caso de que quienes hayan tenido noticia de la





ido propalando son casi imposibles de retirar, del mismo modo que lo es recoger todas las plumas que se han ido arrojando a lo largo de una ciudad en un día de viento”<sup>47</sup>.

Este relativo efecto reparador del mecanismo de rectificación queda completamente anulado para cuando se trata del derecho a la intimidad, pues “[l]a intimidad no se vulnera por la transmisión falsa de hechos como en el caso de honor. La intimidad se vulnera por la transmisión de hechos que pertenecen a la esfera íntima de una persona. En este caso puede incluso que todo lo informado sea plenamente cierto [y no haya nada que rectificar] que igualmente termina vulnerándose el derecho a la intimidad”<sup>48</sup>.

Y ya ni que decir de otro de los mecanismos supuestamente reparadores: la indemnización por el daño originado con la agresión del derecho constitucional. Cuando se vulnera el honor o la intimidad lo que se produce es un daño de naturaleza moral y, por tanto, no cuantificable por definición. Cualquier intento resarcitorio en este sentido, simplemente será un fracaso, porque se está frente a dos entidades distintas: una no material (moral), y otra material (la indemnización).

Propone, por tanto, el Tribunal Constitucional que habrán los casos en los que no se podrá hacer nada para evitar verdaderas vulneraciones al derecho al honor o al derecho a la intimidad cuando estos se enfrenten con las libertades de expresión o información. Y lo propone precisamente porque a eso le lleva la consideración de éstas libertades como derechos preferentes en el seno del ordenamiento constitucional. Cabe preguntarle al Tribunal Constitucional cómo queda el reconocido por él mismo deber estatal de protección especial de los derechos constitucionales como consecuencia del ámbito objetivo de los derechos fundamentales.

Es más, cabe preguntarle por qué no aplica el también reconocido por él principio de interpretación sistemática de la Constitución, para lograr una interpretación de la cláusula de prohibición de censura previa que evite aceptar vulneraciones de derechos constitucionales como el derecho al honor y a la intimidad. Ha dicho el Tribunal Constitucional que según el criterio de interpretación llamado principio de unidad de la Constitución, “el operador jurisdiccional debe considerar que la Constitución no es una norma (en singular), sino, en realidad, un ordenamiento en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido. Desde esta perspectiva, el operador jurisdiccional, al interpretar cada una de sus cláusulas, no ha de entenderlas como si cada una de ellas fuera compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente.

---

difamación conozcan luego que lo afirmado fue falso, o las verdaderas razones que llevaron al deshonrado a actuar de determinado modo, o aquello que, por lo que fuere, modifica los corolarios que surgen de ciertos hechos tal como son presentados por quien difama”. TOLLER, Fernando. *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*. La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 186.

<sup>47</sup> Idem, p. 187.

<sup>48</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Algunas cuestiones que...*, ob. cit., p. CXXXII.

Por ello, ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere superposición de normas, normas contradictorias o redundantes”<sup>49</sup>.

Si el Tribunal Constitucional fuese coherente con este principio de unidad, debería interpretar la cláusula de prohibición de censura previa de modo armónico con el derecho al honor y a la intimidad, es decir, de modo que permitiese la plena vigencia de estos derechos. Si aplicase este principio y no se dejase influenciar por doctrinas constitucionalmente poco coherentes en el sistema peruano como la doctrina de la posición preferente, entonces el Supremo intérprete de la Constitución tendría que rechazar cualquier interpretación del artículo 2.4 CP que fuese contradictoria con otros dispositivos constitucionales, porque ello rompería la unidad constitucional y, por tanto, contra su normatividad efectiva. El Tribunal Constitucional se hubiese percatado que la razón de ser de la cláusula que prohíbe la censura previa es evitar que el poder político pueda intervenir para callar a un medio de comunicación crítico con su actuación y que como tal le resulta incómodo. La razón de ser nunca ha sido permitir violaciones de derechos constitucionales o hacer ineficaces los mecanismos de control jurídico frente a situaciones de amenaza cierta e inminente de derechos constitucionales.

Como se ha escrito, la censura previa “alude a un instituto sistemático de policía preventiva de neto carácter administrativo, consistente en la revisión anticipada y obligatoria de lo que se va a difundir, con el fin de controlar su contenido para aprobarlo, desaprobarlo o exigir su modificación, y donde la mera omisión de someter a revisión el material, al margen de su contenido, hace ilícita su difusión y engendra sanciones penales y administrativas”<sup>50</sup>.

Si, por ejemplo, existe la certeza de que el contenido del mensaje informativo que ha de emitir un medio de comunicación social no se ajusta a la verdad y que si se transmite quedará gravemente afectado el derecho al honor de las personas involucradas en la información, ¿cómo puede justificadamente permitirse la vulneración del derecho? ¿Cuál es esa extraña razón que habilita a que con el ejercicio de un derecho se viole el contenido de otro derecho, incluso en los hechos el considerado “esencial”? ¿Cómo puede favorecer al pleno desarrollo de la persona el exigirle que acepte violaciones a sus derechos constitucionales?

Por tanto, no se puede prohibir de entrada –como hace el Tribunal Constitucional– que “un juez pueda conocer una demanda de amparo por amenaza cierta e inminente de violación de un derecho constitucional que tiene su origen en la puesta a punto para ser difundida de una determinada información. Es decir, de entrada no puede descartarse una actuación preventiva por parte de la autoridad judicial y eventualmente por el mismo

<sup>49</sup> Exp. 0005–2003–AI/TC, de 03 de octubre de 2003, f. j. 23.

<sup>50</sup> TOLLER, Fernando. *Libertad de prensa...*, ob. cit., p. 635.



Tribunal Constitucional. Precisamente esa actuación preventiva es exigida para lograr una más plena eficacia y garantía de todos los derechos constitucionales”<sup>51</sup>.

Aunque un poco matizadamente estas deficiencias que se detectan en el quehacer jurisprudencial del Tribunal Constitucional, pueden comprobarse también en algunos escritos de la doctrina peruana. Así por ejemplo, y hablando precisamente de la libertad de información y del derecho a la intimidad personal, hay quien ha manifestado “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. Afirmamos que debe existir una orientación general a 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”<sup>52</sup>.

No se puede partir de la concepción de que los derechos son realidades opuestas y en conflicto, de modo que cuando dos de ellos se encuentren en relación conflictual, haya que buscar elementos que hagan prevalecer a un derecho sobre el otro. No se puede estar a favor del predominio de ningún derecho. Se debe estar a favor del predominio de la vigencia conjunta y armoniosa de todos los derechos constitucionales por igual.

#### D) Solución correcta e invocación innecesaria de la doctrina de la posición preferente

El cuarto caso que se comentará es el Exp. 1797–2002–HD/TC. Es un caso en el que estaba en juego el derecho constitucional a acceder a información en entidades públicas (artículo 2.5 CP), sobre el cual el Tribunal Constitucional ha declarado tiene una posición preferida dentro del ordenamiento constitucional peruano. El petitorio de la demanda fue que “la emplazada le proporcione información respecto de los gastos efectuados por el ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori y su comitiva, durante los más de 515 días en que estuvo fuera del país debido a los 120 viajes que realizó al exterior en el transcurso de su mandato presidencial; y solicita que se precise el monto asignado por concepto de viáticos y gastos de representación, los costos de los pasajes aéreos por cada uno de los viajes realizados, los gastos de combustible y de operación del avión presidencial, los montos asignados para gastos de la comitiva presidencial, entre otros”<sup>53</sup>.

La demandada había entregado alguna de la información solicitada, pero el demandante consideraba que se trataba de una información incompleta, inexacta e imprecisa: “[a]l contestar la demanda, la emplazada adjuntó el Informe N° 001–2001–CMPR/DGADM, mediante el cual se da cuenta de la cantidad de viajes que por cada año realizó el ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, así como el costo anual de dichos viajes, durante los años de 1990 y 2000. Con fecha 30 de mayo de 2001, el recurrente advirtió al *a quo* que la información, en muchos de sus extremos, era ‘incompleta, inexacta

<sup>51</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Algunas cuestiones que...*, ob. cit., p. CXXXV.

<sup>52</sup> EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios constitucionales*. Ara editores, Lima, 2002, p. 174.

<sup>53</sup> Exp. 1797–2002–HD/TC, citado, f. j. 1.

e imprecisa’ ”<sup>54</sup>. De esta manera, con la finalidad de conseguir completamente la información solicitada el demandante había interpuesto la demanda de hábeas data.

Luego de examinar el significado constitucional del derecho de acceso a la información pública, declaró que se trataba de un derecho preferido: “cuando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública contribuye a la formación de una opinión pública, libre e informada, éste tiene la condición de libertad preferida”<sup>55</sup>. Así mismo, y para lo que interesa ahora, manifestó que esta posición preferida no supone una jerarquía general y abstracta del derecho, sino más bien que lo que había que establecer en caso de colisión de derechos es una jerarquía ponderada: “[d]e ahí que ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica”<sup>56</sup>.

Sin embargo, lo que termina por hacer el Tribunal Constitucional no es nada de lo que ha anunciado producto del reconocimiento de la posición preferente del derecho de acceso a información pública. El Alto Tribunal reconduce –con acierto– todo el asunto a determinar el contenido constitucional del derecho de acceso a la información en entidades públicas para establecer si el concreto pedido que ha formulado el demandante tiene o no protección constitucional.

Así, “el Tribunal Constitucional considera que todo lo que queda de controversia en el presente caso, luego de constatarse en el informe los problemas que ha hecho notar el recurrente en su escrito del 30 de mayo de 2001, *es si la información proporcionada en esos términos, imprecisa, incompleta e inexacta, viola o no el derecho invocado*. Evaluando dicho extremo, en primer lugar, se observa que la emplazada no ha alegado que la información solicitada esté sujeta a reserva o secreto alguno. En esa medida, *el problema no ha de escrutarse bajo los alcances del test de razonabilidad o proporcionalidad, sino, básicamente, determinando si el contenido constitucionalmente protegido del derecho incluye también que la información que una entidad pública proporcione deba ser cierta, actual, precisa y completa*”<sup>57</sup>.

El Tribunal Constitucional finalmente declara fundada la demanda al concluir que el contenido constitucional del derecho de acceso a la información en entidades públicas da cobertura constitucional a la exigencia que la información que se entregue deba ser completa y clara: “[d]e ahí que si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa”<sup>58</sup>. Es más, y como se ha propuesto aquí, apela a la finalidad del derecho para determinar el contenido constitucionalmente protegido por el derecho mismo: “si mediante el derecho en referencia se garantiza el acceso, conocimiento y control de la información pública, a fin de favorecer la mayor y mejor participación de los

---

<sup>54</sup> Idem, f. j. 12.

<sup>55</sup> Idem, f. j. 11.

<sup>56</sup> Ibidem.

<sup>57</sup> Idem, f. j. 15. La cursiva de la letra es añadida.

<sup>58</sup> Idem, f. j. 16.



ciudadanos en los asuntos públicos, así como la transparencia de la actuación y gestión de las entidades gubernamentales, entonces, un mínimo de exigencia que imponen que esos fines se puedan cumplir, es que la información sea veraz, actual y clara”<sup>59</sup>.

La pregunta surge necesaria: ¿de qué le ha servido al Tribunal Constitucional invocar la doctrina de la posición preferente para resolver el caso? La respuesta es evidente: de nada. El Supremo intérprete de la Constitución habría sido no sólo más eficaz, sino que habría formulado un razonamiento constitucionalmente impecable si no hubiese hecho referencia a la doctrina de la posición preferente de algunos derechos constitucionales<sup>60</sup>. Este es otro caso en el que el Tribunal llega a una respuesta correcta sin que para ello le sea útil la invocada doctrina de la posición preferente.

#### E) Solución acertada y lenguaje equívoco

El quinto y último caso que se comentará es el Exp. 2579–2003–HD/TC, en el que también estuvo involucrado el derecho de acceso a información en entidades públicas. La demandante interpuso demanda de hábeas data contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), con el objeto de que se le proporcione información concerniente al proceso de ratificación al que había sido sometido y que no había superado favorablemente. En palabras del Tribunal Constitucional, “[l]a recurrente pretende que la emplazada le proporcione: a) copia del informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación sobre su conducta e idoneidad en el cargo que ejercía como Vocal Superior Titular del Distrito de Judicial de Lambayeque. b) copia de su entrevista personal, realizada el día 31 de julio de 2001; y, c) copia del Acta del Pleno del CNM, que contiene la decisión de no ratificarla en el cargo mencionado. A su juicio, la negativa de la emplazada para entregarle la información requerida viola su derecho de acceso a la información pública, reconocido por el inciso 5) del artículo 2º de la Constitución”<sup>61</sup>. El CNM se había negado a entregar la información solicitada por el demandante alegando que los artículos 28<sup>62</sup>, 42<sup>63</sup> y 43<sup>64</sup> de su ley orgánica se lo impedía.

El Tribunal Constitucional recuerda una vez más que el derecho de acceso a la información en entidades públicas goza de una posición preferida, luego de lo cual plantea

---

<sup>59</sup> Ibidem.

<sup>60</sup> Un caso semejante lo constituye el Exp. 1219–2003–HD/TC, citado, en el que el Tribunal Constitucional luego de predicar la doctrina de la posición preferente respecto del derecho de acceso a la información, termina por analizar la cuestión desde la óptica del contenido constitucional del referido derecho. Así, manifestó que “es evidente que el rechazo *in toto* de la información requerida se presenta, a la luz del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública, como irrazonable” (f. j. 14).

<sup>61</sup> Exp. 2579–2003–HD/TC, citado, f. j. 1.

<sup>62</sup> Dispone este artículo que “[l]os consejeros deben guardar reserva respecto a las informaciones y deliberaciones que reciben y realicen con motivo de la evaluación de los candidatos”.

<sup>63</sup> En este dispositivo se establece que “[e]l Consejo lleva un registro de los resultados obtenidos en los procesos de evaluación para el nombramiento, ratificación y destitución de los Magistrados del Poder Judicial y miembros del Ministerio Público”.

<sup>64</sup> En este artículo se ha dispuesto que “[e]s prohibido expedir certificaciones o informaciones de cualquier género a particulares o autoridades respecto a los datos contenidos en el registro; a excepción de lo dispuesto en el Artículo 96 de la Constitución o de mandato judicial”.

las cuestiones que definen el caso y que intentará dilucidar: “a) si dichas disposiciones [artículos 28, 42 y 43 de la ley orgánica del CNM], en realidad, constituyen un límite al ejercicio del derecho de acceso a la información pública; b) si así lo fuera, debe analizarse con el test judicial estricto aludido, si existen *intereses constitucionalmente relevantes que justifiquen la limitación* del derecho de acceso a la información pública”<sup>65</sup>.

En lo que respecta a la primera de las cuestiones, el Tribunal Constitucional afirma que “de todas las disposiciones invocadas por la emplazada para negar la entrega de la información solicitada, sólo una de ellas podría entenderse, por decirlo así, como una restricción del derecho. En efecto, el sentido y la finalidad de lo regulado en los artículos 28° y 42° de la LOCNM no puede considerarse como restricciones del derecho de acceso a la información pública (...) Ni el uno ni el otro, pues, limitan el derecho de la recurrente de acceder a la información solicitada”<sup>66</sup>. Por tanto, la única disposición que supone una restricción o limitación al derecho de acceso a información pública sería el artículo 43 de la ley orgánica del CNM.

Resuelta esta primera cuestión, pasa el Tribunal Constitucional a resolver la segunda: ¿existe algún interés constitucional relevante que justifique la limitación del derecho? Para el Tribunal Constitucional no existe tal interés lo que convierte en arbitrario (e inconstitucional) la restricción que la demandante sufre de su derecho en aplicación que del mencionado artículo 43 realiza el CNM. Para el Tribunal es arbitrario que la demandada haya denegado a la recurrente “a) La copia de la entrevista personal a la que fue sometida en el proceso de ratificación. Manifiestamente arbitrario, en un doble orden de razones: en primer lugar, porque es notorio que la entrevista a la que fue sometida fue de carácter de público, y si fue así, no hay razón alguna para que después ésta pueda ser considerada como ‘confidencial’. En segundo lugar porque, tratándose de una solicitud planteada por la misma recurrente, sobre un acto a la que ella fue sometida, no le era aplicable lo dispuesto por el artículo 43° de la LOCNM, que, como antes se señaló, constituye una limitación para que terceros o autoridades, salvo las excepciones que dicha disposición prevé, puedan acceder a tal información”<sup>67</sup>.

También es arbitrario que se haya denegado “b) La copia de la parte del acta del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, que contiene la votación y acuerdo de no ratificación de la recurrente. La carencia de fundamento constitucional para denegar tal petición, además, es un hecho que el propio CNM ha replanteado, al modificar su posición original sobre el tema y autorizar su entrega, conforme se observa del Acuerdo N.° 514–2003, si bien respecto a una persona distinta a la recurrente”<sup>68</sup>.

Advertida esta *restricción injustificada*, el Tribunal Constitucional termina por declarar fundada la demanda y ordena la entrega de la copia de la entrevista personal y la copia de la parte del acta del pleno del CNM que contiene la votación y el acuerdo de no ratificación

<sup>65</sup> Exp. 2579–2003–HD/TC, citado, f. j. 9. La cursiva de la letra es añadida.

<sup>66</sup> Idem, f. j. 10.

<sup>67</sup> Idem, f. j. 16.

<sup>68</sup> Ibidem.





de la demandante<sup>69</sup>. Si bien este caso no se ha resuelto como si existiese un conflicto entre derechos constitucionales, importaba traerlo a colación por las siguientes dos razones. Primera, porque el Tribunal Constitucional alude a la doctrina de la posición preferente. Y segunda, porque alude a *límites y restricciones* de los derechos a los que busca una justificación constitucional para su ejercicio.

En lo que respecta a la primera razón, nuevamente el Supremo intérprete de la Constitución invoca una doctrina sobre los derechos fundamentales que no termina de encajar plenamente en el ordenamiento constitucional peruano. Y nuevamente la invoca en vano porque esta doctrina no le ayuda a resolver el caso que se le ha presentado.

Mientras que en lo que se refiere a la segunda razón, nuevamente el Tribunal Constitucional emplea una terminología propia de una visión conflictivista: *límites y restricciones* a los derechos constitucionales; y justificación constitucional de tales límites y restricciones. El término “restricción” no es de recibo para referirlo de los derechos constitucionales, porque éstos son irrestringibles. Mientras que el término “limitación” podría aceptarse en determinado entendimiento.

Así, se admitiría el lenguaje que emplea el Tribunal Constitucional si se entendiese que al momento de buscar *si existen intereses constitucionalmente relevantes que justifiquen la limitación del derecho*, lo que está haciendo es una labor hermenéutica dirigida a determinar el contenido constitucional del derecho de acceso a la información del demandante en el caso concreto. Como ya se argumentó, no hay nada que justifique la *limitación* de un derecho si es que por limitación se entiende la restricción del contenido constitucionalmente protegido por el derecho. Los derechos, se recordará una vez más, son realidades limitadas e ilimitables, de modo que si por *limitación* se entiende la determinación de los límites inmanentes del derecho constitucional, entonces se debe estar de acuerdo con lo expresado por el Supremo intérprete de la Constitución.

En este caso, el Tribunal Constitucional lo que en definitiva realiza es una labor de análisis de determinación en el caso concreto del contenido constitucional del derecho de acceso a la información. La entrega de la información solicitada por el demandante en hábeas data ¿viene amparada por el contenido constitucional del referido derecho? Esta es la pregunta que en definitiva subyace a las cuestiones que plantea el Tribunal Constitucional. Luego de realizar un análisis de las circunstancias del caso y de la legislación correspondiente, este Alto Tribunal concluye que la entrega de la información solicitada cae dentro del contenido constitucional del derecho, por lo que su no entrega es constitucionalmente

---

<sup>69</sup> La restricción no fue encontrada arbitraria respecto de la entrega de la copia del Informe de la Comisión permanente de evaluación y ratificación. Dijo el Tribunal Constitucional que “Respecto de la petición de la recurrente para que también se le conceda copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación, el Tribunal Constitucional considera que, dado que el artículo 41° de la LOCNM estipula que “El Consejo Nacional de la Magistratura actúa en plenario y en comisiones”, y además que dicha información se encuentra comprendida dentro del supuesto contemplado en el inciso 1) del artículo 17° de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, el juez, en ejecución de sentencia, deberá apreciar si en el acuerdo de no ratificación de la recurrente se hace referencia al referido Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación. Si así lo fuera, el carácter confidencial de aquel informe habrá cesado, y deberá ordenarse que se entregue a la recurrente”. Idem, f. j. 17.



rechazable. Debe entenderse, entonces, que en estricto los *intereses constitucionales relevantes* ayudan a perfilar los contornos del contenido constitucional de un derecho antes que a justificar una *restricción* del mismo. Por eso es que, en este caso, el Tribunal Constitucional resuelve bien el caso aunque empleando una terminología equívoca, equivocidad que se resolvería en el sentido indicado anteriormente.

#### V. A MODO DE CONCLUSIÓN: DE LA TEORÍA ABSOLUTA INVOCADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA REFORMULACIÓN DE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS

Con base en las declaraciones del Tribunal Constitucional, se ha estudiado como el Alto Tribunal se ha decantado por la “teoría absoluta” del contenido esencial de los derechos fundamentales que, entre otros postulados tiene la concepción de los derechos fundamentales como una realidad que en sí misma tiende a expandirse de modo que requiere de frenos y limitaciones. Estos frenos, restricciones y limitaciones serían una realidad que existe y se impone –por ejemplo, por el legislador– desde fuera del contenido del derecho mismo.

Estas restricciones y limitaciones sólo podrían darse en el contenido considerado “no esencial” de los derechos fundamentales, y se darían sólo según el principio de razonabilidad, es decir, serían restricciones o limitaciones *proporcionadas* a la importancia del interés constitucional superior que lo justifica. Mientras que esas restricciones y limitaciones nunca podrían verificarse en la parte esencial del contenido constitucional del derecho, porque eso supondría una desnaturalización o un vaciar de contenido al derecho mismo. Por tanto, a la luz de la teoría absoluta el Tribunal Constitucional propone distinguir entre contenido esencial del derecho, contenido absolutamente indisponible por el legislador y con él por todo el poder político, y un contenido no esencial del derecho, contenido disponible por el legislador, quien podía restringir y afectar esta parte del derecho fundamental.

Frente a este modo de entender la garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales, se debe proponer una reformulación de la garantía que tiende a ser constitucionalmente más coherente y estricta que la teoría acogida por el Tribunal Constitucional. Esta reformulación parte de dos puntos que son complementarios entre sí. El primero de ellos es la consideración del carácter normativo de la Constitución y, por tanto, del carácter normativo de las normas referidas a derechos fundamentales ahí contenidas: los derechos constitucionales en particular, al igual que la Constitución en general, vinculan de manera fuerte a sus destinatarios, es decir, no permiten vulneración alguna por parte del poder político ni de los particulares.

Tomando como punto de partida el carácter normativo de las disposiciones de la Constitución en los que se recogen los derechos, se afirmaba que atenta contra el principio de normatividad constitucional considerar que una parte del derecho constitucional (la llamada por la teoría absoluta contenido *no esencial*) pueda quedar a disposición del poder político –en particular del legislador– para que la pueda *restringir* o *limitar*. Y es



una trasgresión porque aún considerando la existencia de un contenido no esencial en el derecho, es al fin de cuentas contenido constitucional; y porque no existe ninguna justificación que siendo constitucional permita la restricción o lesión de una parte de la Constitución. *Limitar* o *restringir* el supuesto contenido no esencial de un derecho fundamental es limitar o restringir la Constitución misma.

El segundo punto de partida es la concepción de los derechos no como realidades que tienden a expandirse ilimitadamente, sino como realidades limitadas: los derechos constitucionales abarcan sólo un espacio jurídico limitado. Por tanto, los derechos constitucionales no exigen la creación de límites entendidos como restricciones o limitaciones impuestas desde fuera para evitar su expansión indefinida que haga imposible la convivencia social; sino que los derechos constitucionales tienen límites entendidos como contornos internos e inmanentes que no vienen impuestos por nadie ni nada desde el exterior al derecho, sino que vienen exigidos por la misma esencialidad y naturaleza del derecho.

La conjunción de estos dos puntos de partida, el carácter normativo de los derechos constitucionales y la consideración de los derechos como realidades limitadas, lleva a proponer que los derechos constitucionales o derechos fundamentales tienen un único contenido que es *limitado*, *ilimitable* y *delimitable*, lo que hace posible y exigible una vigencia armónica de todos los derechos constitucionales entre sí.

Todos los derechos se definen como realidades jurídicas limitadas, tienen como presupuesto ontológico un carácter limitado de modo que permita el pleno desarrollo del hombre individual y socialmente considerado. Y esa realidad jurídica limitada hay que delimitarla, hay que descubrir sus contornos en cada caso concreto, momento en el que juegan su papel principios como la razonabilidad y la proporcionalidad en el juicio interpretativo de todos los factores que influyen en la definición del contenido del derecho. Estos principios no deben ser empleados para determinar cual derecho pesa más en el caso concreto (ponderar derechos), sencillamente porque los derechos no pueden jerarquizarse ni en abstracto ni en concreto. Una vez delimitada esa realidad jurídica como contenido del derecho, se convierte en una realidad ilimitable y, en este sentido, convierte al derecho constitucional en un derecho absoluto.

De ahí que, se debe insistir, cuando hayan situaciones de conflicto de intereses que se intentan fundar en derechos constitucionales distintos, lo que procede es preguntarse por el contenido jurídico constitucional de cada uno de ellos en el caso concreto, para determinar si la acción enjuiciada cae dentro o fuera de los constitucionalmente protegido por el derecho. Para ello sirve el método ponderativo, pero para sopesar las circunstancias y determinar los contornos del derecho en el caso concreto. La ponderación no sirve para sopesar derechos y finalmente intentar saber cual derecho ha de prevalecer. La ponderación de las circunstancias ayuda a saber el alcance jurídico del contenido de un derecho constitucional para saber si la conducta controvertida –por ejemplo una publicación periodística– es o no merecedora de protección constitucional.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/peru/)  
No olvide citar esta obra.