



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

CONTROL JUDICIAL PREVIO DEL DISCURSO

Luis Castillo-Córdova

Perú, abril de 2006

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2006). Control judicial previo del discurso. *Palestra del Tribunal Constitucional*, 1 (4), 188-196.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. Luego de una primera lectura de la sentencia al EXP. N.º 2262-2004-HC/TC, no es desestimable la insatisfacción que queda al lector.

1.1. Una lectura primera de la referida sentencia permite arribar a tres conclusiones preliminares. Primera, que es una sentencia cuyo tránsito argumentativo en ocasiones es oscuro, cuando no manifiestamente incoherente (como se tendrá oportunidad de hacerse notar más adelante). Segunda, que en no pocas ocasiones es palpable un exceso (inútil) de ideas y explicaciones que lo único que ha logrado es poner en duda la razonabilidad de una argumentación que en esencia es acertada. Y tercera, que a pesar de la oscuridad, abundancia e innecesaria explicativa, se ha abordado la solución de asuntos iusfundamentales de particular importancia.

1.2. Como consecuencia de una segunda lectura, se llega a confirmar tanto la poca claridad de los argumentos presentados por el Tribunal Constitucional para justificar la decisión adoptada, como la innecesaria de algunos párrafos de la sentencia. Igualmente se confirma que las cuestiones abordadas y resueltas en la mencionada sentencia son de importancia nada despreciable. En efecto, aunque en grado distinto, muchas de las cuestiones tratadas ponen en juego principios y criterios hermenéuticos referidos a derechos fundamentales como las libertades de expresión e información, criterios que resultan vitales no sólo para un buen entendimiento de las referidas libertades, sino también para hacer efectiva su plena vigencia. En este breve comentario jurisprudencial se analizará la respuesta formulada por el Tribunal Constitucional a las cuestiones que a mi juicio son las más importantes.

1.3. Para este análisis conviene empezar planteando, al menos de modo general, el problema iusfundamental que se intenta resolver a través del proceso constitucional. En particular, conviene establecer que el acto agresor denunciado a través del hábeas corpus ha sido que una de las reglas de conducta que se hizo acompañar del mandato de comparecencia, vulneraba una serie de derechos fundamentales del procesado penal. En concreto, la regla consistía en que se prohibía a este procesado realizar cualquier comentario referido al proceso penal en curso. De esta manera, a través hábeas corpus se pretendía dejar sin efecto una medida que materialmente afectaba el ejercicio de las libertades de expresión e información.

II. La primera cuestión que cabe plantear es si era o no el hábeas corpus el mecanismo constitucional adecuado para lograr la pretensión planteada.

2.1. El demandante alegó expresamente la vulneración de varios de sus derechos constitucionales: no ser violentado para obtener declaraciones, a ser asistido por abogado defensor, y al debido proceso. No invoca, sin embargo, el derecho fundamental directamente afectado por el contenido de la regla de conducta denunciada: las libertades de expresión e información, llamados por el Tribunal Constitucional como *derechos comunicativos*. Bien hace este Tribunal –en aplicación del principio *iura novit curia*–, al



analizar si en el caso se ha producido o no la vulneración de los referidos *derechos comunicativos*, aunque estos no hayan sido invocados por el demandante. Una tesis de dogmática constitucional afirma que más allá del derecho invocado por el demandante en una concreta causa, el juez constitucional debe saber determinar –con base en los concretos hechos argumentados– el bien o derecho fundamental realmente en juego y, consecuentemente, debe sentenciar según esta determinación.

2.2. Pero, ¿procede el hábeas corpus para proteger las libertades de expresión e información? La respuesta que da el Supremo intérprete de la Constitución en la sentencia que se comenta ahora es que “siempre y cuando exista conexión de los hechos referidos en la demanda con tal derecho [la libertad personal], será pertinente que se realice la protección constitucional a través de este tipo de procesos [el hábeas corpus]” (f. j. 4). En este caso acierta plenamente el Tribunal Constitucional porque si bien se afectaba directamente las libertades de expresión e información, indirectamente y en última instancia se ponía en riesgo la libertad personal del procesado penal. En efecto, del incumplimiento de la regla de conducta (la limitación de su libertad de expresión e información) se habría seguido el cambio de su situación procesal: habría pasado de una situación de comparecencia a otra de detención (artículo 144, segundo párrafo Código Procesal Penal). Por tanto, en la medida que con el acto denunciado como vulnerador de derechos fundamentales se ponía en riesgo la libertad individual, procedía interponer la demanda de hábeas corpus.

III. La segunda cuestión a plantear está referida a la significación constitucional de las libertades de expresión e información

3.1 Para el Tribunal Constitucional, se trata de dos libertades distintas que siempre hay que diferenciar para dar una solución acertada a los concretos conflictos. Así, la libertad de información “se refiere a la capacidad de emitir y recibir las noticias veraces, completas y asequibles, en la medida en que su objeto son los hechos, los mismos que pueden ser comprobables” (f. j. 13). Mientras que la libertad de expresión “se refiere a la capacidad de recibir los puntos de vista personales del emisor, que en tanto son opinables, requieren un carácter básico de congruencia entre lo que se busca señalar y lo que finalmente se declara públicamente” (*ibidem*).

3.2. Ya en otro lugar he criticado esta manera de entender ambas libertades (*Algunas cuestiones que genera la vigencia conjunta de las libertades comunicativas y los derechos al honor y a la intimidad*. Revista Peruana de Jurisprudencia 40, junio 2004). Aquí simplemente se ha de poner de relieve que para abordar la no siempre sencilla de resolver cuestión de dar o no cobertura constitucional a un mensaje comunicativo, lo mejor no es preguntarse por la libertad en juego, sino que lo primero y decisivo que se ha de examinar es el contenido del mensaje, de manera que si contiene información de hechos se deberá exigir la veracidad de los mismos, y si contiene juicios de valor, igualmente exigir la ausencia de expresiones insultantes e innecesarias para el fin comunicativo deseado. De

ahí que, en la solución del caso concreto, sea preferible hablar del *derecho a la comunicación* antes que de la libertad de expresión o de información por separado.

IV. La tercera cuestión viene relacionada con la significación constitucional de la censura previa

4.1 Se ha de advertir que no se trata de una cuestión sencilla de resolver, aunque esto no justifica en nada ni la oscuridad ni la incoherencia argumentativa puesta de manifiesto en la sentencia que ahora se comenta. Para el Tribunal Constitucional, en referencia al artículo 2.4 CP, “[l]a norma constitucional es lo suficientemente clara e inequívoca: se encuentra proscrito todo tipo de censura previa al contenido de un discurso” (f. j. 13). De manera que, y recordando lo dicho en una sentencia anterior (EXP. N.º 0829-1998-AA/TC), la significación de las libertades de expresión e información para la formación de la opinión pública dentro de un Estado democrático, “impide que cualesquiera sean las circunstancias, éstas [las libertades de expresión e información] 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” (f. j. 16). Y es que “[p]ara este Colegiado, el ‘mandato judicial de prohibición’ también pertenece al espectro de la censura previa” (f. j. 17), por lo que estaría totalmente proscrito de nuestro ordenamiento constitucional.

Sin embargo, a continuación el Tribunal Constitucional relaja bastante esta proscripción de censura previa (y del consecuente mandato judicial de prohibición), que hasta este momento aparecía como una decisión tajante. El referido Tribunal es del parecer de que los jueces pueden llegar a realizar lo que él llama *control de un discurso*, es decir, un control judicial previo de las libertades de expresión e información, en buena cuenta, pueden ordenar la realización de una modalidad de censura previa. Las razones que da para justificar este relajamiento son al menos las siguientes dos.

Primera, que ello es así debido a una interpretación sistemática: “[p]ese a la restricción normativa de la Convención Americana y de la propia Constitución, un estudio sistemático de ambas, cuyo fin sea la búsqueda de un sentido de unidad y coherencia interna, permite aseverar que mientras estén en juego *bienes jurídicos tutelados por las normas constitucionales*, es imprescindible, en un Estado Democrático de Derecho, que los jueces puedan analizar con un criterio de conciencia jurídicamente amplio la posibilidad de control de un discurso que resulte perjudicial para la sociedad, en un caso concreto” (f. j. 18).

Y segunda, que este control del discurso será posible en base a la independencia de la que gozan los magistrados del Poder Judicial: el referido control “lo harán, según el artículo 146º, inciso 1, de la Constitución, como parte de (...) su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley” (f. j. 18). En todo caso, este control previo parece estar circunscrito sólo a la defensa de *bienes jurídicos tutelados por las normas*



constitucionales, no únicamente porque sólo a ellos ha hecho referencia expresa, sino además porque –en el caso concreto– no permite la intervención judicial previa para “proteger derechos de la persona” (f. j. 30).

4.2. Conviene comentar este parecer del Tribunal Constitucional. De manera general, se ha de coincidir con él al reconocer que en determinados supuestos es posible admitir alguna (modalidad de) intervención judicial previa en el ejercicio de las libertades de expresión e información. Aunque inmediatamente se ha de agregar que no acierta del todo en determinar los alcances de esta admisión (al referirla sólo de bienes constitucionales), tampoco acierta completamente en la determinación del fundamento que sustenta la permisión del control judicial previo, y desacierta totalmente al considerar esta posibilidad como un mero criterio de conciencia.

A) Sin duda, el Supremo intérprete de la Constitución acierta al permitir la posibilidad de realizar un *control judicial previo*. Y acierta porque –entre otras razones– la finalidad de la prohibición de censura previa es evitar que el poder político pueda dirigir la línea informativa y dar contenido a los mensajes comunicativos que puedan transmitirse por los medios de comunicación. Al poder le interesaría acallar cualquier medio de comunicación crítico a su labor. A la sociedad le interesa no sólo conocer sino también someter a crítica el ejercicio del poder. La finalidad de proscribir la censura previa no ha sido, ni es, permitir la vulneración *bienes jurídicos tutelados por las normas constitucionales*, sino sencillamente evitar que el poder acalle la crítica al poder y, con ello, favorecer el ejercicio limitado y adecuado del mismo.

Es verdad que el artículo 2.4 CP reconoce el ejercicio de las libertades de expresión e información “sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos”, pero una interpretación sistemática de la Constitución como una realidad unitaria, lleva a afirmar que este dispositivo no puede interpretarse de manera que impida el cumplimiento de aquellos otros dispositivos también constitucionales, como los que recogen bienes jurídicos. De esta manera, no puede invocarse la prohibición de censura previa para favorecer la liquidación de bienes jurídicos constitucionales como por ejemplo el debido desarrollo de un proceso en su intento de arribar a una solución justa. Consecuentemente, a un procesado puede prohibírsele realizar manifestaciones que objetivamente entorpezcan el desarrollo de un proceso y el logro de la solución justa.

Por esta razón es que en estricto la prohibición de censura previa está siempre dirigida contra los órganos de la administración pública, y por el contrario, cuando ocurre realmente (de manera cierta y manifiesta) la agresión de un bien jurídico constitucional, la prohibición de censura previa no puede extrapolarse para convertirla en un obstáculo que impida a los jueces del Poder Judicial y –en última instancia– al Tribunal Constitucional, intervenir a fin de evitar la vulneración constitucional o, en todo caso, hacerla cesar.

B) Esto que se ha manifestado expresamente de *bienes jurídicos constitucionales*, debe hacerse extensivo también a los derechos fundamentales. De hecho, en la práctica, la invocación y salvación de bienes constitucionales se realiza a través de la invocación y salvación de concretos derechos fundamentales. Por lo demás, los derechos fundamentales

en la medida que se encuentran recogidos en la Constitución, también deben ser tomados en consideración cuando se realice una interpretación sistemática de la misma.

Por esta razón, tampoco puede permitirse invocar la prohibición de censura previa y con ello permitir efectivas y manifiestas vulneraciones de derechos fundamentales como el honor o la intimidad. Así, si un medio de comunicación tiene preparado un mensaje comunicativo cuyo contenido vulnera la intimidad o el honor de las personas, el medio de comunicación no puede alegar la proscripción de censura previa para evitar que el juez entre a examinar el contenido del mensaje comunicativo por difundir, e incluso suspender su emisión si lo encuentra lesivo al honor o a la intimidad de las personas. No cabe aquí argumentar que en estos casos son suficientes los llamados mecanismos reparadores, ya que ni el derecho de rectificación (en caso de violación del derecho al honor), ni la indemnización, llegan a reparar plenamente la violación de un derecho; y es más, sin duda es constitucionalmente preferible que no ocurra la violación del derecho, en lugar de reparar la misma, aún en el hipotético caso que fuese posible una reparación plena.

Por lo que se ha de concluir que la proscripción de la censura previa no tiene por finalidad abrir brechas que permitan actos vulneradores de bienes y derechos fundamentales. Tanto unos como otros, en la medida que se recogen en la norma constitucional, son objeto de protección por los jueces a través de los procedimientos judiciales y constitucionales correspondientes. No puede haber justificación constitucionalmente válida que prohíba la actuación judicial en una situación de verdadera amenaza o violación efectiva de la norma constitucional. Sería inconstitucional en estos casos restringir la actividad de los jueces constitucionales sólo a una actuación *a posteriori*, sólo después de haberse verificado la vulneración del bien o derecho fundamental. En todo caso, la intervención judicial previa debe ser la excepción, y debe ocurrir siempre que exista la manifiesta amenaza cierta e inminente o la efectiva y manifiesta agresión del derecho o bien constitucional. Sin duda, y como se comentará más adelante, es delicadísima la labor del juez en este punto.

C) En lo que respecta a la fundamentación del control judicial previo al ejercicio de la libertad de expresión e información, se ha de decir que el fundamento es la vigencia efectiva de la Constitución como norma jurídica fundamental que es, en particular, la plena vigencia de los derechos fundamentales y demás principios o bienes jurídico constitucionales. Este fundamento actúa a su vez como límite a la intervención: el juez constitucional sólo podrá actuar preventivamente en la medida que exista una real agresión (amenaza cierta e inminente o violación efectiva y manifiesta) de un derecho constitucional o de un bien jurídico constitucional. El fundamento de este control previo atribuible a los jueces del poder judicial, no radica en el carácter independiente de la actividad judicial, como lo ha dado a entender el Tribunal Constitucional. El juez es, efectivamente, independiente en el cumplimiento de su labor jurisdiccional. Pero esta independencia sólo es posible dentro del marco de lo permitido por la Constitución. Y es la Constitución la que prevé el cumplimiento efectivo de los derechos y bienes constitucionales, y le encarga velar por este cumplimiento a los jueces constitucionales del Poder Judicial y al Tribunal Constitucional. Por lo que el juez no habría podido llevar a



cabo ningún *control previo del discurso*, si antes no se hubiese concluido –como bien se hace en la sentencia que ahora se comenta– que la Constitución lo permite. Si la Constitución hubiese prohibido este control judicial previo, el juez no habría podido realizarlo, sin que en modo alguno se hubiese afectado su independencia.

D) El reconocimiento de la facultad de intervención previa judicial cuando se trata del ejercicio de las libertades de expresión e información, se justifica sólo en la medida que es imprescindible para la salvación de estas libertades fundamentales. Esto necesariamente lleva a concluir que la decisión de intervención judicial previa (por ejemplo, disponiendo la prohibición a un procesado penal de que emita declaraciones relacionadas con el secreto sumarial; o disponiendo que se suspenda la emisión de un anunciado reportaje por manifiesta amenaza cierta e inminente del honor o intimidad de las personas) deberá estar sólidamente sustentada en criterios objetivos, tanto fácticos como jurídicos. Una de las vías para evitar el mal e irresponsable empleo de la facultad judicial de control previo, es precisamente la exigencia de una debida y razonada fundamentación por parte del juez constitucional. Incluso, es de estimar una prolija y detallada fundamentación, la suficiente como para hacer razonable una medida que de otra forma vulneraría un derecho fundamental con especial significación política, como es las libertades de expresión e información consideradas como elementos esenciales de todo sistema democrático. En este contexto no puede permitirse que el juez *analice con criterio de conciencia jurídicamente amplio la posibilidad de control del discurso*. En estricto, los criterios de conciencia, si son realmente tales, son abiertamente subjetivos y arbitrarios, y riesgosamente tiránicos en asuntos tan complejos y delicados como el decidir sobre la vigencia efectiva de un derecho fundamental en un caso concreto.

V. La cuarta cuestión está referida a la posibilidad de *intervención previa judicial* en el marco de un proceso penal

5.1. Una vez argumentado que es posible que el juez decida una intervención previa en el ejercicio de la libertad de expresión e información (un *control del discurso*), el Tribunal Constitucional da un paso más y se plantea si es constitucionalmente posible realizar un control del discurso en un proceso penal: “debe determinarse con claridad qué tan conveniente es la prohibición de emitir comentarios que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo correcto de un proceso penal, a fin de llegar a una verdadera justicia” (f. j. 18). La respuesta que da el referido Tribunal es afirmativa: “[e]n caso de que no exista tal limitación, solamente se estará realizando una protección ‘a medias’ de la justicia en el país, y ello no puede estar permitido en un Estado Democrático de Derecho. Para que, efectivamente, esta se logre, es necesario que se evite la transmisión de discursos que comporte la vulneración de la idoneidad de la instrucción penal” (f. j. 24).

5.2. No se puede sino estar de acuerdo con este criterio jurisprudencial. Como se ha dicho anteriormente, la prohibición de censura previa no puede ser invocada para negar la vigencia efectiva de derechos o bienes jurídico constitucionales. En la medida que la solución justa de un proceso constituye un bien jurídico constitucional, y que ésta puede

ser puesta en serio riesgo por el *discurso* del procesado (a través del ejercicio de sus *derechos comunicativos*), se ha de permitir la intervención previa judicial. Pero esta intervención sólo será constitucionalmente permitida en la medida que objetivamente el ejercicio de las libertades de expresión o información que realice el procesado penal, puedan entorpecer el debido desarrollo del proceso y la consecución de una solución justa.

5.3. Lo cual inmediatamente coloca la argumentación sobre la figura del secreto sumarial, que referido del proceso penal se define como el carácter reservado asignado a las actuaciones propias de la etapa de instrucción. A pesar de este carácter reservado no es imposible que algunas actuaciones puedan ser conocidas por el inculpado o por su abogado defensor. De manera que respecto de estos sujetos puede –válidamente– disponerse la restricción a sus libertades de expresión e información en la medida que se les prohíba declarar o informar acerca de las diligencias realizadas y que tienen el carácter de reservadas. Por lo que, aunque una pueda ser consecuencia de la otra, no debe confundirse *secreto del sumario* y *restricción de los derechos comunicativos*. Bien dice el Tribunal Constitucional cuando afirma que “[u]na cosa es mantener el secreto del sumario, es decir, prohibir el acceso al expediente o a la audiencia, y otra muy distinta que se prohíba expresarse públicamente” (f. j. 20). En consecuencia, es posible que el juez prohíba las declaraciones del inculpado o las de su abogado defensor, si es que son referidas de actuaciones reservadas, y cuya publicidad pondría en riesgo el éxito de la instrucción (investigación) del proceso. Por el contrario, no habría justificación constitucional para prohibir declaraciones periodísticas referidas a actuaciones procesales carentes de carácter reservado, o que su publicidad no entorpezca el debido desarrollo del proceso y la consecución de una solución justa.

VI. La quinta cuestión está referida a la aplicación del principio de proporcionalidad

6.1. Si se ha admitido que es posible el control judicial previo del discurso, y que cuando se trata de un proceso penal está constitucionalmente permitido el control del discurso del procesado, el paso final en la solución del concreto caso que conoce el Tribunal Constitucional es determinar si la medida judicial de control previo del discurso (censura previa) puesta de manifiesto con la regla de conducta que se acompaña a la orden de comparecencia del procesado, es o no constitucionalmente válida. Para establecer esta validez estima que la medida restrictiva de la libertad de expresión e información del procesado, debe ser sometida al juicio de proporcionalidad. Acierta en esto el mencionado Tribunal, pues una herramienta de especial importancia para la determinación del contenido constitucional de un derecho fundamental, es precisamente el principio de proporcionalidad. Este principio –concuera la doctrina, y la jurisprudencia no sólo comparada sino del mismo Tribunal Constitucional– se descompone en tres juicios: el de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. De manera que una medida que afecta un derecho fundamental es constitucionalmente válida si se concluye que es una medida idónea, necesaria y equilibrada.



6.2. La medida que hay que someter a evaluación en este caso es la regla que prohíbe al procesado realizar comentarios en los medios de comunicación referidos al proceso en marcha. Dice la resolución en la que se dispone esta medida que “[q]ueda terminantemente prohibido hacer comentarios periodísticos, radiales o televisivos sobre hechos del proceso y de la materia del juzgamiento” (f. j. 7). El fundamento de esta medida es “[q]ue el artículo setentitrés del Código de Procedimientos Penales establece el carácter reservado de la instrucción y estando a que el inculpado viene incoando y/o propagando por medios de difusión una serie de adjetivos incalificables contra los Magistrados del Poder Judicial que hace necesario que se le aplique reglas de conducta en garantía del debido proceso sin recortársele el Derecho de la Defensa, dentro del proceso al instruido” (f. j. 7).

6.3. El enjuiciamiento que el Tribunal Constitucional hace de esta medida para determinar su constitucionalidad, ha supuesto uno de los análisis más confusos y oscuros que se le conozcan sobre la proporcionalidad de una medida que restringe derechos (f. j. 28 a 32). El mencionado Tribunal procede a evaluar tres elementos: el coste del valor de la pérdida social derivada de la restricción del discurso, el valor del error judicial y los beneficios de la suspensión del discurso. Luego de realizar la *evaluación*, concluye que “[l]a concurrencia de los tres elementos antes explicados *en una clave de confrontación* (valor de la pérdida social, valor del error judicial y beneficios de la supresión) determina la inexistencia de proporcionalidad en la medida impuesta” (f. j. 32). Inmediatamente después, y cuando parecía que se iba a declarar la inconstitucionalidad de la medida por desproporcionada, nos sorprende declarando su nulidad pero por otra razón: la medida de restricción de las libertades de expresión e información del procesado, “no ha sido argumentada por el juzgador” (f. j. 32), ¿De que ha servido la explicación *en clave de confrontación* que dice haber formulado el Tribunal Constitucional? Parece que de nada, pues la nulidad de la resolución se establece en definitiva con base en un elemento bien distinto: la falta de argumentación de la medida restrictiva. Así, “debe declararse la nulidad de la resolución emitida por el demandado sin fundamentación válida” (f. j. 32).

Que este ha sido el elemento decisivo en la resolución del caso lo pone de manifiesto el voto singular que emite el magistrado Vergara Gotelli, para quien la demanda de hábeas corpus debió declararse infundada porque “la resolución que se cuestiona expone con suficiente claridad el fundamento de hecho y la fundamentación jurídica en la que se sustenta” (punto 5); y es que “estamos frente a un proceso penal llevado bajo el rigor de la ley procesal en el que el Juez de la causa ha dispuesto motivadamente una regla de conducta en ejercicio de sus legales atribuciones por hecho imputable al procesado, debidamente señalado y acreditado, no obstante que en la redacción del auto correspondiente aparece un evidente error material del que el recurrente pretende servirse con la finalidad de obtener una suerte de revocación, por vía indirecta, de la referida regla de conducta impuesta por el instructor” (punto 9).

6.4. Si el Tribunal Constitucional realmente tuviese clara la operatividad del principio de proporcionalidad, habría podido argumentar –con base a un razonamiento claro y sencillo– que efectivamente la medida que examina es una medida inconstitucional por desproporcionada. Se ha apuntado que una medida es proporcionada –y por tanto

constitucional– si es idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto. Si le faltase alguno de estos caracteres, la medida sería desproporcionada y, por tanto, nula por inconstitucional. Pues bien, la concreta medida examinada es desproporcionada por no ajustarse al juicio de idoneidad. Como se sabe, el juicio de idoneidad tiene dos elementos. El primero exige que la medida cuestionada tenga un fin constitucionalmente válido; y el segundo exige que la medida en sí misma sea idónea para alcanzar esa finalidad.

¿Cuál es la finalidad de la concreta medida dictada por el magistrado instructor? La finalidad puede concluirse de los fundamentos mismos que se recogen en la resolución que establece la medida: evitar que el inculpado siga “incoando y/o propagando por medios de difusión una serie de adjetivos incalificables contra los Magistrados del Poder Judicial” (f. j. 7). Es este el objetivo a alcanzar por la medida, pues es esta situación la que “hace necesario que se le aplique reglas de conducta en garantía del debido proceso” (f. j. 7). Esta finalidad es un fin constitucionalmente válido, en tanto que se trata de la salvaguarda del derecho al honor de los magistrados que han de procesar penalmente al demandante en hábeas corpus. Pues bien, esta finalidad no podrá ser lograda con la medida impuesta que consiste en la prohibición al inculpado de “hacer comentarios periodísticos, radiales o televisivos sobre hechos del proceso y de la materia del juzgamiento” (f. j. 7). Por un lado, lo que se persigue es evitar los insultos a los Magistrados del Poder Judicial y, lo que se dispone, es la prohibición de que el inculpado realice declaraciones referidas al proceso. No tiene nada que ver una cosa con la otra, por lo que resulta manifiesta la inexistencia de una relación causa–efecto entre ambas.

VII. No puede finalizarse sin dar al menos una muestra de la a veces incoherente e innecesaria argumentación

Como se apuntó anteriormente, bien criticable es la oscuridad que genera el Tribunal Constitucional en varios pasajes de su argumentación. Esta oscuridad tiene al menos dos causas. La primera es la incoherencia en la que incurre en determinados pasajes; y la segunda es la innecesariedad de alguno de sus argumentos. Una clara muestra de incoherencia e innecesariedad se encuentra en los fundamentos jurídicos 16 y 17. En el fundamento 16 afirma el Tribunal que la censura previa si bien no es posible la realice la Administración pública, la respuesta “cambia definitivamente de contenido si es que el pedido de control lo realiza un órgano jurisdiccional”. Incluso, acude al Derecho comparado (sin decir cual) par afirmar que ahí “se ha convenido en que la proscripción de la censura previa no incluye la ‘revisión anticipada judicial’ de un caso referido a los derechos al honor y a la vida privada”. Estos argumentos van en la línea de fundamentar la permisión de una revisión previa cuando la realice no la Administración pública, sino el Poder Judicial. Sin embargo, este convencimiento del Tribunal Constitucional se ve truncado cuando él mismo se percata de que la revisión previa judicial no está expresamente permitida por la norma constitucional, concluyendo –con referencia a su jurisprudencia anterior– que el reconocimiento constitucional de las libertades de



expresión e información “impide que cualesquiera sean las circunstancias, éstas 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” (f. j. 16). De este f. j. 16 se concluiría que si bien en derecho comparado se permitiría la revisión previa judicial, cosa que compartiría el mismo Tribunal Constitucional al afirmar que el asunto *cambia definitivamente de contenido* si el control previo lo realiza un órgano jurisdiccional; la Constitución peruana no lo permitiría, avalada además –cosa curiosa– por la jurisprudencia del mismo Tribunal.

Pero el asunto, como inicialmente podría parecer, no terminó aquí, sino que ha continuado en el f. j. 17 para concluir exactamente lo contrario de lo que se pudo concluir del f. j. 16. En efecto, como se puede leer al inicio del f. j. 17, para el Tribunal Constitucional “el mandato judicial de prohibición” también pertenece al espectro de la censura previa. Es decir, no es posible el control judicial del discurso porque se incurriría en la proscrita censura previa. Más, a continuación, afirma que esta interpretación que él mismo comparte y asume, tiene dos deficiencias. La primera es que “no reconoce facultad controladora preventiva al Poder Judicial”; y la segunda es que con ella se “cuestionaría básicamente su actuación fáctica ante su capacidad”. La primera deficiencia muestra cómo el Tribunal Constitucional está dispuesto a afirmar algo para inmediatamente corregirse a sí mismo. De la segunda, sencillamente no se entiende lo que pueda significar. En la línea de su autocorrección, el Supremo intérprete de la Constitución manifestará –con apoyo en la doctrina– que “la censura o autocensura no puede ser tan amplia como para negar el acceso de la judicatura al conocimiento de estos supuestos”. Con lo cual, se concluirá que el Poder Judicial tiene la facultad de controlar preventivamente la información, conclusión exactamente opuesta a la que se arribaba en el f. j. 16. Por lo demás, no es difícil advertir que sobran los fundamentos jurídicos 16 y 17, pues en realidad la argumentación de la permisión del control judicial preventivo tiene su esencia en el f. j. 18.

VIII. En conclusión.

Más allá de las deficiencias formales en las que incurre la mayoría de los magistrados del Tribunal Constitucional en la sentencia que ahora se ha comentado, se encuentra de fondo una situación material de singular importancia: la posibilidad de permitir un control previo judicial de las libertades de expresión e información. No cabe duda que esta permisión de actuación judicial plantea un debate de enorme importancia: ¿se encuentra nuestra judicatura en condiciones de asumir y cumplir responsable y satisfactoriamente esta labor de protección previa de bienes y derechos fundamentales? Si reconocemos que nuestra judicatura no cuenta con la *autoritas* requerida para resolver estos asuntos con sujeción exclusiva y estricta a los mandatos jurídicos y constitucionales, o que no cuenta con la preparación suficiente y las herramientas hermenéuticas necesarias para proteger preventivamente bienes y derechos fundamentales, entonces quizá lo recomendable será que no se permita ninguna actuación previa judicial. Pero si a esta conclusión se llega, no se olvide que la prohibición de tutela judicial preventiva no se deberá a que el

ordenamiento jurídico no lo permite, sino más bien a una mera cuestión fáctica de incapacidad de nuestra magistratura.

