



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# CRÍTICA A LA RESPUESTA QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL HA DADO A ALGUNAS CUESTIONES GENERADAS POR LA VIGENCIA DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Luis Castillo-Córdova

Perú, 2006

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2006). Crítica a la respuesta del Tribunal Constitucional a algunas cuestiones generadas por la vigencia de las libertades de expresión e información. En L. Castillo (Coord.). *Las libertades de expresión e información: Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, 26 y 27 de agosto de 2004* (83-135). Lima: Palestra Editores, Universidad de Piura



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

## I. INTRODUCCIÓN

La vigencia de las libertades de expresión e información han supuesto una serie de cuestiones referidas principalmente a su relación con otros derechos fundamentales como el honor o la intimidad. Las más importantes de estas cuestiones han sido resueltas por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia al EXP. N.º 0905-2001-AA/TC. Son respuestas que muestran no sólo la concepción que de las libertades de expresión e información tiene el mencionado Alto Tribunal, sino que además pone de manifiesto su concepción sobre la significación general de los derechos fundamentales, no como realidades jurídicamente armonizables, sino más bien como realidades conflictivas que requieren de jerarquizaciones.

La referida sentencia del Tribunal Constitucional, fue objeto de análisis y comentarios en la cuarta sesión de las Primeras Jornadas de Derechos Humanos. Ahí se plantearon las siguientes cuatro cuestiones: la relevancia jurídica de diferenciar entre la libertad de expresión y la libertad de información; el significado del requisito de veracidad de la información; la denominada posición prevalente de la libertad de expresión y de la información, muy ligada esta cuestión al llamado conflicto entre derechos constitucionales; y, finalmente, la significación de la constitucionalmente prevista prohibición de censura previa.

En este trabajo se abordará cada una de las referidas cuestiones, presentando en primer lugar cuál ha sido la respuesta que el Tribunal Constitucional le ha dado, para inmediatamente después analizar esa respuesta, presentar sus deficiencias y, de ser el caso, proponer un nuevo modo de solución.

## II. DISTINCIÓN ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN

### 1. *Planteamiento de la cuestión*

La primera cuestión que se ha de plantear es la de determinar si para tener un adecuado punto de partida para resolver los conflictos en los que una y otra libertad son invocadas, es jurídicamente relevante y recomendable desde un punto de vista hermenéutico, diferenciar entre la libertad de expresión y la libertad de información. Con otras palabras, con esta primera cuestión se trata de determinar si cuando nos enfrentemos a un caso en el que se alega el ejercicio de una de estas libertades, es imprescindible o no examinar previamente si se trata del ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad de información.

### 2. *Respuesta del Tribunal Constitucional: Hay que diferenciar una de otra libertad*

#### A) Primera razón: distinto objeto de protección

Con base en la norma constitucional, el Tribunal Constitucional resuelve afirmativamente esta cuestión al declarar que “[e]l inciso 4) del artículo 2.º de la Constitución reconoce las libertades de expresión e información. Aun cuando históricamente la libertad de



información haya surgido en el seno de la libertad de expresión, y a veces sea difícil diferenciar la una de la otra, el referido inciso 4) del artículo 2.º de la Constitución las ha reconocido de manera independiente, esto es, como dos derechos distintos y, por tanto, cada uno con un objeto de protección distinto”<sup>1</sup>.

Para el Alto Tribunal de la Constitución, no es lo mismo situarse en un supuesto de libertad de expresión que en uno de libertad de información. La diferenciación se formularía a partir de la distinta naturaleza del objeto de protección de una y otra libertad: juicios y opiniones la primera, hechos la segunda. Así, con la libertad de expresión se “garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones (...) [S]e garantiza la *difusión* del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir”<sup>2</sup>. Mientras que con la libertad de información se “garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13º de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente (...) [G]arantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz”<sup>3</sup>.

B) Segunda razón: ambas libertades tienen límites distintos

Pero el distinto objeto (juicios y hechos) no es el único elemento que diferenciaría a una y otra libertad, sino que habría que distinguirlas también porque ese diferente objeto atribuido a cada una de ellas trae consecuencias jurídicas distintas: las ideas y opiniones que se expresan no se sujetan a la exigencia de veracidad a la que se sujetarían los hechos. Manifestó el Tribunal Constitucional, en la sentencia que ahora se comenta, que “[p]or su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser”<sup>4</sup>.

De esta manera la argumentación se vincula inmediatamente a los límites de las libertades de expresión e información. En referencia a la libertad de información, y en la medida que se ha definido como la libertad para transmitir hechos noticiosos, su límite viene dado por el carácter veraz de la información transmitida. Sólo será amparable mediante esta libertad la difusión de hechos veraces. Como ha dicho el Tribunal Constitucional peruano, “aunque la Constitución no especifique el tipo de información que se protege, el Tribunal Constitucional considera que el objeto de esta libertad no puede ser otro que la información veraz”<sup>5</sup>.

Mientras que en lo que se refiere a la libertad de expresión, está claro que el ejercicio de esta libertad no puede estar limitado por el *test de veracidad* por el carácter subjetivo de

<sup>1</sup> EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, de 14 de agosto de 2002, f. j. 9.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Idem*, f. j. 10.

los juicios de valor que componen los mensajes que se emiten en ejercicio de la libertad de expresión. Esto, sin embargo, y aunque no lo dice expresamente el Tribunal Constitucional en la sentencia que se comenta, no significa que la libertad de expresión le brindará protección constitucional a cualquier tipo de juicio u opinión.

La libertad de expresión, al igual que la libertad de información, sólo será ejercida de un modo constitucionalmente válido en la medida que no vulnere otros derechos constitucionales u otros bienes jurídico-constitucionales. Tiene declarado el Tribunal Constitucional, en otra sentencia a la que ahora se comenta, que “[e]s cierto, por un lado, que la Constitución no garantiza el derecho a expresarse y a informarse en todo tiempo, en cualquier lugar y de cualquier manera. El Principio de Unidad obliga a que el ejercicio de esos derechos se armonice con el de otros derechos y bienes también fundamentales”<sup>6</sup>.

Para lo que aquí conviene poner de manifiesto, la libertad de expresión debe ejercerse con respeto pleno al –también constitucional– derecho al honor. Esto significa que los juicios de valor u opiniones que se transmitan en ejercicio de la libertad de expresión, no pueden ser insultantes, ofensivos ni injuriosos. Y es que, en términos del Tribunal Constitucional español plenamente trasladables al caso peruano, “la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona”<sup>7</sup>; sin que ello signifique que carezcan de protección constitucional las “críticas (...) que pudieran molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen”<sup>8</sup>. Debe tenerse siempre en cuenta que, “la opinión no tiene límites, pero sí el lenguaje empleado para transmitirla”<sup>9</sup>.

También conviene poner de manifiesto, esta vez en relación a la libertad de información, que al igual que el derecho al honor, existe también reconocido constitucionalmente el derecho a la intimidad. La consecuencia inmediata es que el ejercicio de la libertad informativa sólo tendrá cobertura constitucional en tanto no vulnere el derecho a la intimidad, es decir, en tanto que lo que se transmita como hecho o dato no pertenezca a la esfera íntima o privada de las personas. Dicho con otras palabras, el mensaje debe versar sobre una materia o tema público, por contraposición a lo privado.

<sup>6</sup> EXP. N.º 0002–2001–AI/TC, de 4 de abril de 2001, f. j. 9.

<sup>7</sup> STC 105/1990, de 6 de junio, f. j. 8.

<sup>8</sup> STC 85/1992, de 8 de junio, f. j. 4. Recientemente el Tribunal Constitucional español ha recordado que “[l]a Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 200/1998, de 14 de octubre; 180/1999, de 11 de octubre; 192/1999, de 25 de octubre; 6/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; y 49/2001, de 26 de febrero)”. STC 204/2001, de 15 de octubre, f. j. 4.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ–ARANA, Jaime. *Comunicación, información y derechos humanos*, en “Poder Judicial”, n.º 41–42, 1996 (I), p. 306.



En relación a la primera cuestión planteada, se puede concluir que el Tribunal Constitucional propone diferenciar una libertad de otra porque la libertad de expresión protegerá la libre transmisión de juicios y valores (mensaje expresivo); mientras que la libertad de información protegerá la transmisión de hechos (mensaje informativo). Igualmente, a decir del mencionado Alto Tribunal, no es indiferente situarse en una u otra libertad debido a que el ejercicio de cada una de ellas supone el establecimiento de límites distintos. Así, los hechos o datos que se transmitan a través de la libertad de información estarán sujetos al requisito de veracidad y no deberán estar referidos al ámbito privado de las personas; mientras que los juicios de valor u opiniones que se transmitan a través de la libertad de expresión no deben ser ofensivos ni injuriosos.

### 3. *Crítica a la doctrina del Tribunal Constitucional*

#### A) La dificultad de hallar mensajes simples

La respuesta que a esta primera cuestión ha planteado el Tribunal Constitucional, sin embargo, no está exenta de críticas. Es verdad que el texto constitucional peruano recoge de modo separado tanto una como otra libertad, pero en los casos concretos ¿es conveniente diferenciar la libertad de expresión de la libertad de información? La respuesta necesariamente debe ir en el sentido de negar esa conveniencia, principalmente por las dos siguientes razones.

En primer lugar porque en la realidad de los casos concretos los mensajes que se transmiten –sino siempre, sí casi siempre– combinan los hechos o datos (el elemento fáctico u objetivo), y las opiniones y juicios de valor (el elemento valorativo o subjetivo). Son muy pocos los mensajes que se conforman o sólo por hechos o sólo por juicios de valor. Así lo termina admitiendo incluso el mismo Tribunal Constitucional en la sentencia que se comenta en este trabajo cuando afirma que “[a]un cuando históricamente la libertad de información haya surgido en el seno de la libertad de expresión, y a veces sea difícil diferenciar la una de la otra (...)”<sup>10</sup>.

Si en los casos prácticos a los que se enfrentará el operador jurídico, el mensaje respecto del cual se ha solicitado cobertura constitucional normalmente no es un mensaje simple, sino uno complejo que se compone tanto de hechos como de juicios de valor, la pretendida diferenciación entra la libertad de expresión y la libertad de información pierde bastante, cuando no toda su virtualidad.

#### B) El riesgo de análisis parcial de los límites constitucionales

La segunda razón es que si al mensaje comunicativo que se analiza en un caso concreto a fin de brindarle o no protección constitucional a su transmisión, se le encasilla como manifestación de una de las libertades, se corre el riesgo de exigir al contenido del mensaje sólo los límites propios de la libertad en el que se ha encasillado el caso que se pretende examinar, lo que podría conllevar soluciones inconstitucionales.

<sup>10</sup> EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, citado, f. j. 9.

Por ejemplo, si se ha solicitado cobertura constitucional a la emisión de un mensaje y, siguiendo la propuesta del Tribunal Constitucional, con carácter previo se le ha calificado de informativo el mensaje y se ha concluido que es la libertad de información la que está en juego, se corre el riesgo de exigir a ese mensaje sólo el límite propio de esta libertad, es decir, el requisito de veracidad, que –como se ha estudiado– es el que define al mensaje informativo como constitucionalmente protegible. Pero en este caso ¿qué ocurriría si –como es lo normal– el mensaje transmitido trae incorporados también juicios de valor? Siguiendo el razonamiento del Tribunal Constitucional, a ese mensaje definido como mensaje informativo no podría habersele exigido más que el requisito de veracidad.

En efecto, la distinción entre libertades de expresión e información para –como consecuencia– aplicar sólo a una unos requisitos como límites y otros distintos a la otra, genera el peligro de que al momento de evaluar la constitucionalidad del mensaje emitido se realice una evaluación sólo parcial del mismo, pudiéndose terminar por dar protección constitucional a un mensaje que habiendo ajustado su elemento objetivo al requisito de veracidad, sus juicios y opiniones puedan haber sido emitidos de manera inconstitucional al haber sido emitidos mediante un lenguaje insultante o injurioso.

#### 4. *Hacia una nueva formulación del criterio*

Advertida que la propuesta que formula el Tribunal Constitucional a la primera cuestión planteada, no sólo es ineficaz sino que además supone un gravísimo riesgo de inconstitucionalidad, no queda más que intentar una respuesta distinta que evite estos dos inconvenientes y asegure los criterios de determinación constitucional del ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de información.

Esta respuesta distinta consiste en afirmar que cuando se tenga que analizar si la transmisión de un mensaje cuenta o no con protección constitucional, lo primero por lo que se ha de preguntar es por el contenido del mensaje mismo, no por cual libertad es la que está en juego, si la de expresión o la de información. Es decir, en lugar de definir el mensaje que se ha de analizar como expresivo o informativo, se debe determinar qué elementos (si el objetivo y/o el subjetivo) forman parte del mismo para inmediatamente después exigir de cada uno de esos elementos unos límites propios.

Los requisitos de veracidad, de carácter no injurioso y de carácter público, no deben ser predicados del mensaje en su conjunto, sino de sus elementos constitutivos. La veracidad debe ser exigida del elemento fáctico y la exigencia de no injurioso del elemento valorativo que conforme el mensaje. El carácter público, si bien se puede predicar del mensaje comunicativo en su conjunto, en estricto, va predicado del elemento fáctico. Si bien es cierto los juicios de valor que se transmitan deberán estar referidos a asuntos que escapen de la esfera de intimidad de las personas, lo cierto es que esos juicios se formularán de los hechos que se incluyan en el mensaje comunicativo, de modo que si estos no atañen a la intimidad o privacidad de las personas, la consecuencia necesaria será que los juicios de valor tendrán también ese carácter público.



Si en el caso concreto el mensaje viene conformado por el elemento fáctico a la vez que por el elemento valorativo, al margen de la preponderancia de uno o de otro elemento en el seno del mensaje, y al margen también de establecer si es la libertad de expresión o la libertad de información la que está en juego, ese mensaje sólo podrá obtener cobertura constitucional si su contenido se ha sujetado a las tres exigencias mencionadas anteriormente. Si ocurre que el mensaje sólo viene constituido por el elemento fáctico o sólo por el elemento valorativo, al mensaje sólo se le exigirán los requisitos propios de cada uno de los elementos.

En uno y otro supuesto, para determinar la constitucionalidad en la emisión o difusión de un mensaje, de nada ha servido preguntarse y responderse qué libertad es la que está en juego. Lo decisivo ha sido definir cuál ha sido el contenido del mensaje y según sus elementos constitutivos exigir uno u otro requisito. Sin embargo, inmediatamente se ha de agregar que esto no significa descartar la posibilidad de distinguir una de otra libertad. Es posible, pero no conveniente cuando se trate de la solución de las concretas controversias. El operador jurídico no puede abordar estos casos preguntándose primero qué libertad es la que está en juego, sino que –habrá que insistir– lo que deberá tomar en consideración es el contenido de mensaje comunicativo. A partir de aquí, y complementariamente, se podrá advertir la libertad en juego que, como casi siempre ocurre, son ambas a la vez, la libertad de expresión y la libertad de información.

En estricto, si la libertad de información protege la transmisión de hechos y la libertad de expresión la transmisión de juicios de valor, no cabe duda que –en rigor– ambas libertades son las que se ejercen cuando lo que se transmite es un mensaje que incluye tanto hechos como juicios de valor, que son los mensajes que normalmente se emiten. Por ello es que en estos casos es preferible hablar de mensajes comunicativos y –consecuentemente– de libertades comunicativas o simplemente del derecho a la comunicación.

Por lo que cabe ahora concluir, cuando se esté delante de un mensaje comunicativo que se ha de analizar para determinar si se le da o no protección constitucional, se debe examinar si transmite hechos veraces, si los juicios de valor no son ofensivos ni injuriosos y si los hechos –y por tanto los juicios de valor sobre esos hechos– versan sobre materias que son de interés general.

### III. LA EXIGENCIA DE VERACIDAD

#### 1. *Planteamiento de la cuestión y respuesta del Tribunal Constitucional*

Un mensaje comunicativo si está conformado por el elemento objetivo debe sujetarse a la exigencia de veracidad. No lo ha dicho expresamente la Constitución peruana, pero con indiscutible acierto –como ya se dijo– así lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional al manifestar –en la sentencia que ahora se analiza– que “aunque la Constitución no especifique el tipo de información que se protege, el Tribunal Constitucional considera que el objeto de esta libertad no puede ser otro que la información veraz”<sup>11</sup>. Por lo que conviene preguntarse ahora qué es lo que debe entenderse por información veraz.

---

<sup>11</sup> *Idem*, f. j. 10.



En la sentencia que se comenta, la respuesta que al respecto plantea el Tribunal Constitucional afirma que “desde una perspectiva constitucional, la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes”<sup>12</sup>.

## 2. Crítica a la posición del Tribunal Constitucional

Como se puede apreciar de la transcrita declaración del Tribunal Constitucional, su respuesta empieza afirmando que *veracidad* es algo distinto de *exactitud*. Sin embargo, a continuación relaja bastante esa afirmación cuando hace equivaler la exigencia de veracidad con la *adecuación a la verdad de los aspectos más relevantes del hecho noticioso*. Esto puede significar que el Tribunal Constitucional no responde a la pregunta, pues negado que veracidad es exactitud, no dice nada acerca de lo que puede significar *adecuación a la verdad*, aunque sea sólo para referirlo de los aspectos *más relevantes*. Afirmar que veracidad no es exactitud, es afirmar bastante poco; decir que veracidad es adecuación de lo relevante de la noticia a la verdad, es decir nada y hunde más al lector en la oscuridad.

Podría incluso llegarse a interpretar que la respuesta que da el Tribunal Constitucional viene a significar que veracidad equivale a *exactitud parcial*, es decir, exactitud referida sólo de una parte del hecho noticioso, la parte que sea considerada como la *más relevante*. Más allá de la contradicción interna que se generaría al exigir y no exigir exactitud a la vez, está el inconveniente de que no se puede exigir ajustamiento al requisito de veracidad – definido como se defina– sólo a una parte del elemento fáctico del mensaje que se transmita como noticia. Lo contrario significa un verdadero despropósito: autorizar al informador a que busque la verdad de sólo parte de lo que tiene que informar; o si tiene la verdad de todos los hechos, autorizarlo a que fantasee sobre los hechos que considere *menos relevantes*.

Se agrava la cuestión cuando se repara en el destinatario de la información, elemento de especial importancia cuando se trata del fenómeno informativo: la ciudadanía. Si la libertad de información, como se verá inmediatamente, tiene por finalidad la formación de una opinión pública libre y plural, ¿cómo se puede formar una adecuada opinión pública con base a la transmisión conciente de elementos falsos? O es que acaso se obligará al informador al absurdo que cada vez que transmita una información deberá distinguir entre lo que considera relevante y lo irrelevante y avisar a la ciudadanía que la parte irrelevante puede que no se ajuste a la verdad necesariamente.

Pero es que hay más. Si se exige *adecuación a la verdad* como exactitud parcial, para otorgar protección constitucional a la transmisión del mensaje, se obligaría al informador a no transmitir los elementos relevantes de la información que no le conste sean verdaderos, es decir, se le obligaría a no informar o a informar sólo sobre los elementos no relevantes, lo que equivale igualmente a no informar.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*.



Si el Tribunal Constitucional quiso evitar el silencio al que estaría condenado el informador y la consecuente desinformación de los ciudadanos si se exigiese exactitud en los hechos noticiosos que se transmiten, termina condenando a ese informador al silencio y a la ciudadanía a la desinformación al exigir veracidad –exactitud- sólo de los aspectos más relevantes del hecho noticioso. En uno y otro caso se viola la libertad de expresión o la libertad de información porque no se permite al informador informar, y porque no se permite que la ciudadanía sea informada.

En efecto, Las libertades de información y expresión no sólo significan la posibilidad de emitir mensajes, sino de recibirlos también. El contenido constitucional de los derechos fundamentales como el de las referidas libertades, se determinan tomando en consideración también la norma internacional sobre derechos humanos vinculantes para el Perú, como lo ha exigido el Constituyente peruano (Cuarta disposición final y Transitoria de la CP). Y la Convención americana de Derechos humanos ha reconocido que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (artículo 13.1).

### 3. *Directrices de una nueva respuesta*

Se trata entonces, de una respuesta que no es adecuada, por lo que convendría plantear al menos las directrices de una respuesta mejor. Esta respuesta tiene que empezar a formularse a partir de una afirmación ya hecha por el Alto Tribunal peruano: el requisito de veracidad en la información no puede equivaler a la exigencia de exactitud. Ello por una razón bien sencilla ya puesta de manifiesto: si se exigiese exactitud en la información, se estaría obligando al informador al silencio en la mayoría de los casos, debido a que no siempre es posible tener la plena certeza de la verdad de lo que se transmite como información.

Esta advertencia no habilita a autorizar sin más la transmisión de noticias total o parcialmente falsas. Debería exigirse que el informador en esas dos dimensiones que de la libertad de información plantea el Tribunal Constitucional<sup>13</sup>, actúe de manera diligente en la búsqueda de la verdad. Por lo general, se trata de información cuya verdad no le consta al informador, sino que éste tiene que averiguarla. Lo que debe exigírsele es que actúe de buena fe, con criterio objetivo y con la diligencia debida en la interrogación de las fuentes, en el contraste de los datos que unas u otras le ofrezcan, en la valoración final del producto para definir si es publicable o no lo es. Esa diligencia y esa buena fe, debe llevar al informador a no publicar aquello que no ha sido debidamente contrastado, y a publicar como verdadero aquello que del tratamiento diligente y de buena fe de las fuentes le ha producido el convencimiento de verdad, y si no ha adquirido ese convencimiento, publicarlo no como algo verdadero, sino simplemente publicarlo con los datos que sus fuentes –razonablemente confiables– le han podido alcanzar.

---

<sup>13</sup> A decir del Tribunal Constitucional, las dos dimensiones de la libertad de información son: “a) el derecho de buscar o acceder a la información (...) b) La garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirlo libremente”. Idem, f. j. 11.

En este sentido debe entenderse la afirmación del Supremo intérprete de la Constitución peruana cuando dice que “tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública”<sup>14</sup>. Y también la afirmación por la que se otorga protección constitucional a la información que “pese a ser falsa, sin embargo, ésta no se ha propalado animada por objetos ilícitos o socialmente incorrectos del informante”<sup>15</sup>. De esta manera, tendrá protección constitucional la información obtenida y contrastada diligentemente, aunque no resulte del todo exacta<sup>16</sup>. Si, por el contrario, esa información inexacta ha sido fruto de una actuación negligente e incluso de mala fe del informador, carecerá de protección constitucional<sup>17</sup>.

Esta respuesta se acerca bastante a la significación que del requisito de veracidad tiene el Tribunal Constitucional español cuyos pronunciamientos resultan bastante oportunos reseñar. Así, para este Alto Tribunal de la Constitución española el requisito de *veracidad* en la información no supone privar “de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas”<sup>18</sup>; ni debe ser entendido como la exigencia de “comunicación objetiva y aséptica de hechos”<sup>19</sup>, ni como la exigencia de que “las informaciones difundidas por los medios de comunicación social, que no se limiten al simple comunicado de noticias, sean neutrales o estrictamente objetivas”<sup>20</sup>. Sino más bien, este requisito de *veracidad* debe ser entendido como el cumplimiento del “específico deber de diligencia”<sup>21</sup> a cargo del informador, consistente en que “lo que transmita como ‘hechos’ haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos”<sup>22</sup>. De manera que el requisito de veracidad supondrá privar “de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe

<sup>14</sup> *Ibidem*.

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

<sup>16</sup> En sentido contrario se ha afirmado que “creemos que debe optarse por una concepción objetiva de la veracidad, que vendría a significar que una información es veraz o verdadera si los hechos se corresponden con la realidad”. DE DOMINGO, Tomás. *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 137.

<sup>17</sup> En una sentencia anterior a la que ahora se comenta, el Tribunal Constitucional peruano dejó entrever que detrás del requisito de veracidad a fin de definir la protección constitucional del mensaje comunicativo, existe un deber de diligencia. Así dijo el Máximo intérprete de la Constitución: “es conveniente tener en consideración que la obligación de rectificar informaciones inexactas o agraviantes al honor o a la buena reputación difundidas por cualquier medio de comunicación social tiene por finalidad, a la par de contribuir con una correcta formación de la opinión pública libre, el de *corregir informaciones no veraces o que hayan sido formuladas como consecuencia de no observarse una conducta razonablemente diligente para agenciarse de los hechos noticiosos que podrían ser objeto de información* y que, de ese modo, afecten derechos subjetivos constitucionales”. EXP. N.º 1308–1999–AA/TC, de 30 de marzo de 2000, f. j. 4.

<sup>18</sup> STC 6/1988, de 21 de enero, f. j. 5.

<sup>19</sup> STC 171/1990, de 12 de noviembre, f. j. 9.

<sup>20</sup> STC 172/1990, de 12 de noviembre, f. j. 3.

<sup>21</sup> STC 6/1988, citada, f. j. 5.

<sup>22</sup> *Ibidem*.



con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. De modo que el ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones”<sup>23</sup>.

Por tanto, lo que la norma constitucional protege es “la información rectamente obtenida y difundida aunque su total exactitud sea controvertible”<sup>24</sup> o “se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado”<sup>25</sup>; incluso se considerará veraz aquella información transmitida que “no sea gratuita o notoriamente infundada”<sup>26</sup>. Así pues, “[e]l concreto deber de diligencia del informador, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo informado, se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas”<sup>27</sup>. Y es que, “de imponerse la verdad [entendida como comprobación estricta de lo acontecido] como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”<sup>28</sup>.

Finalmente, podría legítimamente preguntarse qué diferencia hay entre la solución que propone el Tribunal Constitucional al exigir veracidad solo en lo más resaltante de la información que se transmite y la solución que se propone aquí que apunta más bien al deber de diligencia del informador, si al fin y al cabo ambas soluciones pueden terminar dando protección constitucional a información que no es del todo verdadera. La diferencia sin embargo es doble.

En primer lugar, y aunque el Tribunal Constitucional haya hablado de *no propalar información animada por objetos ilícitos y socialmente incorrectos*, lo cierto es que no formula –como lo plantea la solución que aquí se propone– ningún deber de diligencia y de buena fe. De hecho, este deber parecería estar ausente cuando se trata de los elementos *menos resaltantes* de la información dentro de la respuesta que propone el Alto Tribunal de la Constitución peruana. Y en segundo lugar, y precisamente por exigencias de este deber, el informador no está autorizado a publicar informaciones de cuya verdad no esté convencido luego del contraste de datos proporcionados por fuentes razonablemente confiables. Esto último no sería posible con la solución que propone el Tribunal Constitucional, porque habilitaría incluso a presentar a la opinión pública como verdaderos aquellos hechos que no lo son o cuya verdad no le consta al informador, siempre que para éste (con toda la carga de subjetividad que ello supone) sean los hechos *menos relevantes* de la información.

---

<sup>23</sup> STC 6/1988, citada, f. j. 5.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> STC 171/1990, citada, f. j. 8.

<sup>26</sup> STC 136/1994, de 9 de mayo, f. j. 4.

<sup>27</sup> STC 28/1996, de 26 de febrero, f. j. 3.

<sup>28</sup> STC 6/1988, citada, f. j. 5.

## IV. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN COMO LIBERTADES PREFERIDAS

1. *Planteamiento de la cuestión*

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. El afianzamiento del sistema democrático pasa, que duda cabe, por el 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 estas libertades se conforma y consolida una imprescindible opinión pública realmente libre. A partir de esta trascendencia de las libertades comunicativas es que se ha planteado considerarlas como libertades con una posición preferente frente a otras libertades o derechos que como el honor o la intimidad, no repercuten igualmente en la consolidación de un sistema democrático. Corresponde entonces plantear una tercera cuestión: puede constitucionalmente afirmarse una posición preferente de las libertades de expresión e información en el ordenamiento jurídico peruano? De ser así ¿esa posición supone la concurrencia de requisitos y cuales son sus consecuencias?

2. *Posición del Tribunal Constitucional*

En la sentencia que ahora se comenta, y luego de afirmar una dimensión colectiva en las libertades de expresión e información en la medida que “garantiza[n] el derecho colectivo de ser informados en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública”<sup>29</sup>, o que “garantiza[n] el derecho de *todas* las personas a ‘recibir cualquier información y (a) conocer la expresión del pensamiento ajeno’ a fin de formarse una opinión propia”<sup>30</sup>, el Tribunal Constitucional manifiesta la importancia de estas libertades para fortalecer el principio democrático. Así dijo el mencionado Tribunal: “[t]ambién se encuentran [las libertades de expresión y de información] 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>31</sup>.

A causa de esta relevancia política, ha dicho el Tribunal Constitucional, las libertades de expresión e información “tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública”<sup>32</sup>. La consecuencia de esta posición preferida de las mencionadas libertades es, para el Alto Tribunal, 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>33</sup>. Aunque, ha reconocido el Tribunal Constitucional, esta posición preferente “no implica que ambas libertades tengan que

<sup>29</sup> EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, citado, f. j. 11.

<sup>30</sup> *Idem*, f. j. 12.

<sup>31</sup> *Idem*, f. j. 13.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*.



considerarse como absolutas, esto es, no sujetas a límites o que sus excesos no sean sancionables”<sup>34</sup>.

Lo que puede concluirse de estas declaraciones del Tribunal Constitucional es que cuando se tenga que examinar casos en los que concurren las libertades de expresión o información en contraposición con otros derechos, como por ejemplo el honor o la intimidad, y con las primeras se favorezca el debate de la cosa pública, es decir, lo que se comunica tenga relevancia pública, se ha de preferir las mencionadas libertades antes que a estos derechos. Esa preferencia se deberá verificar aún en detrimento de éstos (y otros) derechos constitucionales, pues las libertades comunicativas contarían con una posición preferente en el seno del ordenamiento constitucional peruano.

Esta posición prevalente, sin embargo, no es absoluta, sino relativa siempre al caso concreto. No son libertades absolutas, ha dicho el Tribunal Constitucional, sino que su ejercicio está *sujeto a límites*. Estos límites son los que fueron advertidos anteriormente por el mismo Tribunal: la veracidad, el carácter no injurioso, y el carácter público (por oposición a lo privado) de lo informado. Este ajustamiento a los límites propios de las libertades de expresión e información es el primer requisito que exige el Tribunal Constitucional para hablar de posición preferente de estas libertades, el segundo requisito es la relevancia pública del mensaje comunicativo transmitido en ejercicio de esas libertades, es decir, *cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública*.

El cumplimiento de estos dos requisitos es lo que determinará la posición preferida de las libertades de expresión e información sobre el resto de derechos constitucionales. Y el cumplimiento de estos requisitos siempre se ha de verificar en las circunstancias del 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 todos los casos en los que concurren en contraposición con otros derechos fundamentales. Sino que la prevalencia se dará teniendo siempre en cuenta las concretas circunstancias del caso, en particular, la sujeción de la libertad a los límites expresados anteriormente, de manera que examinadas estas circunstancias se pueda concluir en una *preferencia concreta* de las mencionadas libertades comunicativas.

Por lo que se lleva dicho se ha de concluir que para el Tribunal Constitucional es posible predicar una posición preferente de las libertades de expresión e información sobre el resto de derechos constitucionales cuando aquellas entren en contraposición con estos. Ello ocurrirá cuando las mencionadas libertades cumplan dos requisitos: primero, que se ajusten a sus propias exigencias constitucionales, y segundo, que lo comunicado tenga relevancia pública. Esta prevalencia concreta tendrá como consecuencia que las libertades de expresión e información podrán ejercitarse aún cuando ello suponga el sacrificio de otros derechos constitucionales, como el honor y la intimidad.

---

<sup>34</sup> *Idem*, f. j. 14.

### 3. Crítica a la posición del Tribunal Constitucional

Esta que es la posición del Máximo intérprete de la Constitución peruana, necesita ser precisada cuando no corregida. En primer lugar, es verdad que las libertades comunicativas tienen una especial significación para la consolidación del régimen democrático como no lo tiene, por ejemplo, derechos como el honor o la intimidad o, por decir unos más, derechos como a la propiedad o a la libertad de tránsito. En efecto, “[l]a libertad de expresión y de información representa un valor básico político, pues es herramienta de control de los gobernantes y previene y detiene las arbitrariedades del poder. Más aún, su constitucionalización corresponde principalmente a tal finalidad”<sup>35</sup>. Se trata de libertades que “tienen un rol estructural en el funcionamiento de la Democracia, ya que ésta no puede existir sin una auténtica comunicación pública libre”<sup>36</sup>.

Las libertades de expresión e información favorecen la existencia de una *comunicación pública libre* con la finalidad de contribuir a que los ciudadanos cuenten con la capacidad de formarse una opinión libre y fundada, *opinión pública libre*<sup>37</sup>, sobre temas que –como ha dicho el Tribunal Constitucional español– “tengan un interés colectivo, que puedan encerrar trascendencia pública”<sup>38</sup>, todo esto “para que sea real la participación [de los ciudadanos] en la vida colectiva”<sup>39</sup>. Ello es así al punto que “[l]a vigencia de las libertades de expresión y prensa es, quizá, el más significativo paradigma para definir a un Estado democrático. En la realidad de finales del siglo XX, los Estados que reconocen y estimulan a sus ciudadanos a pensar por sí mismos, a expresar sus pensamientos e ideas directamente, y a través de su acceso a los medios de comunicación social, esos Estados, son los más libres e igualitarios de la Comunidad Internacional”<sup>40</sup>. Por lo demás, una opinión pública puede que no sea *libre*, de ahí que se trate de un adjetivo que no es redundante, como alguno ha dicho<sup>41</sup>.

La importancia de esta comunicación y consiguiente opinión pública es de tal trascendencia que ha llevado, por ejemplo, al Tribunal Constitucional español a afirmar que sin ella “quedarían vaciados de contenido otros derechos que la Constitución consagra”<sup>42</sup>, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la

<sup>35</sup> EXP. N.º 0002–2001–AI/TC, de 4 de abril de 2001, f. j. 7.

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

<sup>37</sup> STC 12/1982, de 31 de marzo, f. j. 3.

<sup>38</sup> STC 105/1983, de 23 de noviembre, f. j. 11.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> AGUILERA FERNÁNDEZ, Antonio. *Libertad de expresión y prensa política*, en “Revista de las Cortes Generales”, n.º 21, 1990, p. 36.

<sup>41</sup> Es el caso de De Carreras, para quien “[s]in esta libertad no existe opinión pública y, por tanto, el adjetivo ‘libre’ empleado respecto al sustantivo ‘opinión pública’ no deja de ser una simple redundancia”. DE CARRERAS, Francesc. *La libertad de expresión: un derecho constitucional*, en FREIXES, Teresa. “Libertad de expresión: anuario 1990”. Barcelona, Universitat Autònoma, 1991, p. 26.

<sup>42</sup> Se trata de “derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático”. STC 159/1986, de 12 de diciembre, f. j. 6.



Constitución”<sup>43</sup>. Es más, se trata de una institución “indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”<sup>44</sup>; y considerada además -la opinión pública- como “uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”<sup>45</sup>. Y es que “para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar en modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas y también contrapuestas”<sup>46</sup>.

Pero las libertades de expresión e información ¿realmente tienen una significación que trasciende lo político para situarse en la esfera de lo jurídico? La respuesta parece ser negativa. Es más, en los hechos, tan o más importante para el sistema democrático que las libertades comunicativas resultan siendo la libertad de asociación (artículo 2.13 CP), el derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política del país (artículo 2.17 CP), los derechos de elegir y ser elegidos, de remoción y revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum (artículo 2.17 CP y 31 CP), el derecho a organizarse a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas (artículo 35 CP), o incluso el derecho a la educación (artículos 13 a 18 CP).

Habría que preguntarle al Tribunal Constitucional peruano que si la presencia de la libertad de expresión o información exige que *deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales*, qué es lo que puede ocurrir con el derecho a elegir y ser elegido que tiene una relación mucho más intensa con el principio democrático que la que tiene las libertades comunicativas. ¿Está este derecho político por encima de la libertad de expresión y de la libertad de información y bastante más por encima de derechos como el honor o la intimidad?

Nada autoriza a hablar, ni en concreto ni en abstracto de una posición preferente de la libertad de expresión o información ni de ninguna otra libertad o derecho en el seno del ordenamiento constitucional peruano. Nuestro ordenamiento constitucional no admite ningún tipo de jerarquía de derechos, ni abstracta ni concreta. Todos los derechos constitucionales –al menos en el caso peruano– tienen un mismo rango<sup>47</sup>, eso habilita a exigir que se destierre del lenguaje jurídico la expresión *prevalencia de derechos*: si todos los derechos tienen un mismo rango, no es posible que alguno prevalezca sobre otro. El Tribunal Constitucional acierta cuando niega una prevalencia abstracta y absoluta de las

<sup>43</sup> STC 6/1981, de 16 de marzo, f. j. 3.

<sup>44</sup> STC 12/1982, citada, f. j. 3. Más adelante afirmará el Tribunal Constitucional español que “[e]l artículo 20 [CE] defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre”. *Ibidem*.

<sup>45</sup> STC 159/1986, citada, f. j. 6.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales: Elementos para una teoría general*, 2ª edición, Palestra, Lima 2005, ps. 58–79.



libertades comunicativas; pero falla cuando la pretende configurar en los casos concretos. No existe tampoco prevalencia concreta de ninguna libertad<sup>48</sup>.

#### 4. *Una respuesta alternativa*

Como se ha podido hacer notar, la respuesta que el Tribunal Constitucional da a esta tercera cuestión planteada no parece ser la más adecuada. Esta advertencia nos pone inmediatamente frente a la tarea de intentar encontrar una respuesta alternativa que se vincule más directa y completamente con la significación jurídica de la persona humana y con el valor central de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, en buena cuenta, con lo que ha dispuesto el Constituyente peruano al inicio del texto constitucional: hacer de la persona humana el fin de toda realidad social y política. Y esa repuesta consiste en negar que las libertades de expresión o información (y en general cualquier libertad o derecho constitucional) puedan llegar a tener una posición preferente sobre otros derechos que le habiliten incluso a Y esta respuesta alternativa se compone de las siguientes dos partes: primera, la negación de que existan los conflictos de derechos y, segunda, la afirmación de que los casos que se formulan enfrentando a una libertad informativa con otro derecho fundamental se resuelven acudiendo al contenido constitucional de los derechos fundamentales.

##### A) ¿Conflicto entre derechos constitucionales?

La doctrina de la llamada posición preferida de las libertades de expresión e información tiene un presupuesto necesario: los conflictos de derechos. Sólo admitiendo previamente que los derechos fundamentales pueden entrar en verdadero conflicto, se entiende que como solución, precisamente a esos conflictos, se plantea la posición preferida de las mencionadas libertades. El razonamiento es bastante sencillo: frente al choque irreconciliable entre las libertades de expresión e información contra el derecho al honor o a la intimidad, por ejemplo, la solución se inclinará a favor de las primeras si en los hechos se han verificado los requisitos para hablar de posición preferida.

Pero ¿realmente entran en conflicto los derechos fundamentales?<sup>49</sup> Si logra argumentarse que los derechos fundamentales no pueden entrar en conflicto, entonces quedará argumentada la inutilidad e inconstitucionalidad de la doctrina de la posición preferida. En otro lugar ya se tuvo oportunidad de abordar con cierta extensión este problema<sup>50</sup>, ahora

<sup>48</sup> Además de las libertades de expresión e información el Tribunal Constitucional peruano ha predicado la posición preferida de el derecho de acceso a la información pública. Al respecto cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Crítica a la doctrina jurisprudencial del tribunal constitucional sobre la posición preferente del derecho de acceso a la información en entidades públicas*, en “Revista de Derecho de la Universidad de Piura”, n° 6, ps. 267–28.

<sup>49</sup> Sobre los presupuestos teóricos del conflictivismo cfr. CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. EUNSA, 2000, ps. 123–175.

<sup>50</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?*, en “Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional”, n° 12, enero–junio 2005, ps. 99–119.



conviene afirmar una vez más que los conflictos entre derechos fundamentales no pueden ser verdaderos; y conviene también brevemente fundamentar esta respuesta<sup>51</sup>.

Deben negarse los referidos conflictos al menos por dos razones. Primera, porque detrás de los derechos fundamentales está la persona humana, en la medida que se definen como las concreciones jurídicas de una serie de necesidades y exigencias que brotan de la naturaleza humana, la cual es una realidad coherente y unitaria que no admite contradicciones. Si los derechos tienen su fundamento en una realidad que no es contradictoria u opuesta, desde luego lo que de ahí brote como exigencia tampoco puede ser una realidad contradictoria o conflictiva. Si tanto las libertades de expresión e información como los derechos al honor y a la intimidad son expresión de la naturaleza humana, y la naturaleza –la esencia- humana es una realidad unitaria y coherente ¿cómo pueden brotar de ahí exigencias conflictivistas? No parece razonable que una unidad desprenda contradicciones, porque inmediatamente habría dejado de ser tal unidad.

La segunda razón atañe a la norma constitucional. Existe el principio constitucional de interpretación unitaria y sistemática de las normas que conforman la Constitución. En virtud de este principio las distintas disposiciones constitucionales deben interpretarse como integrantes de un sistema<sup>52</sup>, de una unidad<sup>53</sup>, de una realidad “esencialmente homogénea, o al menos con principios conciliables”<sup>54</sup>. Todas las normas, y entre ellas las que reconocen derechos, deben ser interpretadas evitando interpretaciones opuestas o contradictorias, en definitiva, evitando hacer decir a una disposición constitucional que reconoce derechos algo contrario e incompatible a lo que se interprete de otra disposición constitucional que reconoce otro derecho.

Si las disposiciones que reconocen las libertades de expresión e información y las que reconocen el derecho al honor y a la intimidad deben interpretarse de modo unitario, es decir, evitando interpretaciones contradictorias, ¿cómo se puede afirmar que las normas que recogen las mencionadas libertades permiten la publicación de una información y las que recogen el derecho al honor o el derecho a la intimidad exigen la no publicación de esa

---

<sup>51</sup> SERNA BERMUDEZ, Pedro. *Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información*, en “Humana Iura”, n° 4, Pamplona, 1994; MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Cuadernos y debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley, Buenos Aires, 2000.

<sup>52</sup> Para el Tribunal Constitucional español la interpretación debe “hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática”. STC 5/1983, de 4 de febrero, f. j. 3.

<sup>53</sup> Hesse, al aludir al *principio de unidad de la Constitución*, ha dicho que “[l]a conexión e interdependencia de los individuales elementos de la Constitución fundamenta la necesidad de no sólo ver la norma individual, sino siempre en plena conexión (...); todas las disposiciones constitucionales deben interpretarse de modo que sean evitadas las contradicciones con otras disposiciones constitucionales”. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20 Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 1995, p. 27, Rn. 71.

<sup>54</sup> RÜFNER, Wolfgang. *Grundrechtskonflikte*. Am: “Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Band II, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, p. 453.

misma información? Si se admite que hay conflicto, es decir, que un derecho me habilita a hacer algo y otro me lo prohíbe, sencillamente no se está interpretando de modo unitario y sistemático la Constitución, como lo exige el principio hermenéutico antes mencionado.

Y es que los derechos fundamentales no pueden llegar a configurar verdaderos conflictos, si un derecho es realmente uno fundamental no tiene otra manera de existir más que en concordancia con otro derecho igualmente fundamental. Si el conflicto no puede verificarse entre derechos fundamentales ¿qué ocurre cuando en un caso concreto se invoca un derecho en contraposición con otro? En estos casos ocurre que la oposición, la contraposición se manifiestan no en el ámbito de los derechos sino en el ámbito de las pretensiones o intereses que las partes (que invocan derechos) llevan al litigio concreto.

En efecto, supongamos el caso en el que un particular demanda a un periodista por la publicación de una determinada información e invoca violación de su derecho al honor ya sea para que se abstenga de seguir publicando cosas inexactas o para que se le pague una determinada indemnización, y el periodista, por el contrario, invoca sus libertades de expresión e información para que se le de protección constitucional al mensaje comunicativo publicado. Este caso no significa que la libertad de expresión e información haya entrado en conflicto con el derecho al honor; lo que sí es indudable es que el particular tiene una pretensión contraria a la pretensión que ha presentado el periodista, a ese nivel –indudablemente- sí existe un verdadero conflicto.

Por tanto, no es posible hablar de un verdadero conflicto de derechos fundamentales. A nivel de los derechos el conflicto es sólo aparente, mientras que a nivel de las pretensiones el conflicto es real. Si no existe un verdadero conflicto entre las libertades de expresión e información y otros derechos constitucionales, entonces no tiene ninguna justificación hablar de posición preferida de las mencionadas libertades.

Una última cuestión antes de abandonar esta parte de la argumentación. Puede pensarse que el Tribunal Constitucional no es depositario de una mentalidad conflictivista de los derechos fundamentales, al afirmar en la sentencia que ahora se comenta que “sólo en apariencia, en el caso de autos se presenta un conflicto entre dos derechos constitucionales (el derecho a la buena reputación y las libertades informativas)”<sup>55</sup>. Sin embargo, este inicial juicio se desvanece rápidamente cuando se toma en consideración que esa *apariciencia de conflicto* es proclamada no porque se niegue de modo general la inexistencia de conflicto entre derechos fundamentales, sino porque no es posible que lleguen a chocar las libertades comunicativas con el derecho a la buena reputación en el caso concreto, debido a que existe constitucionalmente recogida la figura de la censura previa, lo que hace que la pretensión del demandante que consiste en que el demandado –un medio de información– se abstenga de seguir emitiendo determinadas informaciones, no pueda ser acogida.

Así lo confirma el hecho que el Tribunal Constitucional admite que de haberse producido un conflicto de derechos, tendría que haberse “resuelto conforme a la técnica de la

<sup>55</sup> EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, citado, f. j. 15.



ponderación de bienes, derechos e intereses constitucionalmente protegidos<sup>56</sup>. Esta declaración viene a despejar cualquier duda acerca de la visión conflictivista que de los derechos fundamentales tiene el Tribunal Constitucional peruano. No sólo porque no niega la posibilidad de que puedan existir conflictos entre derechos fundamentales, aceptándolo al menos tácitamente; sino porque de ocurrir el conflicto propone como mecanismo de solución la *ponderación de derechos*<sup>57</sup> que es uno de los típicos instrumentos que emplean quienes dicen resolver conflictos de derechos fundamentales<sup>58</sup>.

B) La determinación del contenido constitucional de los derechos en lugar de posiciones preferentes

Cuando aparece el litigio concreto en el que una de las partes ha invocado alguna de las libertades informativas, y la otra ha invocado el derecho al honor o a la intimidad, lo inmediato y sencillo –pero igualmente erróneo– es considerar que en esa confrontación uno de los derechos en juego debe ceder a favor del otro, de modo que uno de ellos prevalecerá (en concreto) sobre el otro derecho. Pero esta visión es igualmente errónea porque, como ya se ha argumentado, no es posible afirmar el conflicto entre derechos fundamentales. Al no existir el conflicto entre derechos no tiene sentido hablar de la posición preferida de las libertades de expresión e información, como herramienta de solución de esos conflictos.

Pero esta herramienta no sólo es inútil por injustificada, sino que además es engañosa. Como ya se vio, para que esa propuesta por el Tribunal Constitucional *prevalencia concreta* de las libertades de expresión e información llegue a configurarse, estas libertades deben ser ejercidas ajustándose a sus límites propios (el requisito de veracidad, el carácter no injurioso y público del mensaje), y deben ser ejercidas respecto de cuestiones de relevancia pública, es decir, *cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública*. Pues bien, si estos son los requisitos para hablar de prevalencia de las libertades de expresión e información, se está llamado posición preferente a algo que no es más que el ejercicio regular de un derecho.

Pongámonos en el supuesto en el que en ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de información se ha transmitido un mensaje en el que su elemento fáctico se ha sujetado al requisito de veracidad, su elemento valorativo no es injurioso ni ofensivo, y el mensaje versa sobre una materia de relevancia pública. Si frente a este mensaje el

---

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Ya se ha dicho antes que –al menos en el ordenamiento constitucional peruano– no es posible hablar de jerarquías abstractas ni concretas de derechos fundamentales. Y cuando se propone *ponderar derechos* se está proponiendo definir en un caso particular cual derecho pesa o vale más para hacerlo prevalecer sobre el otro; cual derecho pesa o vale más para *prestarle una más intensa tutela* y, en buena cuenta, para legitimar *trasgresiones a otros derechos constitucionales, como los derechos al honor o a la buena reputación*. Pero los derechos nunca pueden ponderarse debido a que –se ha de insistir– todos tienen una misma jerarquía. Lo que se ponderan son las circunstancias que concurren en el caso concreto a fin de poder definir en el mismo cuál es el contenido constitucional de los derechos que han sido invocados.

<sup>58</sup> Para un estudio sobre la aplicación de la doctrina de los llamados conflictos de derechos en la jurisprudencias del Tribunal Constitucional peruano, puede verse CASTILLO CORDOVA, Luis. *Conflictos entre derechos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista Peruana de Jurisprudencia, 51, mayo 2005, ps. 3–27.

particular referido en la información plantea una demanda invocando su derecho al honor, el juez que resuelva deberá declarar infundada la demanda, no porque las libertades de expresión e información tengan una posición preferida respecto del derecho al honor, sino porque lo que ha acontecido es un ejercicio regular del derecho. Al contrario, y como segundo caso, si el mensaje transmitido no se ha ajustado al requisito de veracidad y se ha atribuido hechos falsos a una persona y se han empleado expresiones ofensivas o descalificadoras, el juez deberá declarar fundada la demanda, pero no porque no se hayan cumplido los requisitos para hablar de la posición preferida de las libertades de expresión e información, sino porque ha habido un ejercicio extra limitado de la libertad de expresión e información.

En uno y otro caso, debe tomarse en cuenta, que nunca ha habido efectivamente conflicto entre dos derechos constitucionales, sino que ha habido conflicto entre las pretensiones presentadas en el litigio. O, lo que es lo mismo, ha habido el conflicto entre el ejercicio constitucional de un derecho fundamental y el intento de ejercicio inconstitucional de otro derecho fundamental. En el primero de los casos, sólo estaba en juego las libertades de expresión e información, y no el derecho al honor. Ocurrió un ejercicio constitucional de las mencionadas libertades y se intentó un ejercicio extra limitado del derecho al honor al pretender ejercerlo para evitar una publicación de una información o sancionar la ya publicada. En el segundo caso, existió un intento de ejercicio extra limitado de las libertades de expresión e información y un ejercicio constitucional del derecho al honor. Y es que no puede ocurrir que el ejercicio constitucional de un derecho fundamental llegue a ser contradictorio y opuesto al ejercicio también constitucional de otro derecho fundamental.

De esta manera, en buena cuenta, la protección constitucional viene definida por el ajustamiento del ejercicio de las libertades comunicativas al respeto del contenido constitucional de los demás derechos constitucionales. Que el mensaje transmitido es veraz y no insultante significa que el ejercicio de las libertades de expresión e información se ha llevado a cabo respetando el contenido constitucional del derecho al honor. Igualmente, que el mensaje transmitido tenga relevancia pública, significará que el ejercicio de las libertades comunicativas se ha desarrollado con sujeción plena al contenido constitucional del derecho a la intimidad.

Si esto es así, no ha ocurrido la prevalencia de las libertades de expresión e información, sino sencillamente lo que se ha producido es el ejercicio regular del contenido constitucional de las mencionadas libertades. No es posible hablar de prevalencia de las libertades comunicativas, sino de ejercicio constitucional de las mismas; por lo que antes que definir prevalencias abstractas o concretas, se debe intentar definir en cada caso concreto el contenido constitucional de los derechos en juego para determinar que es lo que cae dentro de lo constitucionalmente protegible y qué no.

Por tanto, si bien hay que reconocer que las libertades de expresión e información están especialmente vinculadas al principio democrático, más aún cuando se cae en la cuenta de que una plena vigencia de los derechos de las personas es más factible en una comunidad



democrática que en una autoritaria o en una totalitaria; no se puede predicar de las referidas libertades una posición preferente con respecto a los demás derechos y libertades: no es posible hacerlo porque no existen los conflictos de derechos; y es engañosa hacerlo porque en realidad lo que se produce en los casos concretos es el ejercicio regular del contenido constitucional de las mencionadas libertades.

Una última cuestión: la exigencia de que lo informado tenga relevancia pública no sólo sirve para definir un límite más al ejercicio de las libertades comunicativas. Sino que sirve también para definir el contenido constitucional del derecho a la intimidad en cada caso concreto que se le pretenda contraponer a la libertad de expresión o de información. Por ejemplo, el consumo de cocaína normalmente se sitúa en el ámbito de lo íntimo de las personas, de modo que normalmente su divulgación vulneraría el derecho a la intimidad de una persona sin relevancia pública. Pero esa misma información tiene relevancia pública si el personaje es una autoridad nacional, de modo que esa misma información cae fuera de lo íntimo de esa autoridad nacional. El interés público en conocer acerca de la salud física y moral de sus gobernantes justifica la transmisión de esa información. La relevancia pública, en el ejemplo, ha ayudado a definir lo constitucionalmente proteible en el caso concreto: el contenido constitucional del derecho a la intimidad varía si el personaje tiene relevancia pública o no, si la tiene será un ámbito más estrecho que si no la tuviese.

## V. LA CENSURA PREVIA Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

### 1. *Planteamiento de la cuestión*

La última cuestión que se planteará en este trabajo es la referida a la prohibición de censura previa. Si existe la amenaza cierta e inminente que la difusión de un mensaje podrá lesionar otros derechos constitucionales, ¿no podrá impedirse su difusión sin vulnerar a su vez la prohibición de censura previa recogida en la parte final del primer párrafo del artículo 4 CP? En buena cuenta, ¿en qué consiste esta figura jurídica?

### 2. *Posición del Tribunal Constitucional*

Según el Tribunal Constitucional peruano, aceptar que la libertad de expresión o información puedan prevalecer en el caso concreto sobre derechos como el honor o la buena reputación de modo que –incluso– queden legitimadas transgresiones de estos últimos, no debe ser objeto de preocupación porque no se trata de una desprotección o indefensión absoluta y, en todo caso, habrá mecanismos reparadores de tales vulneraciones. Así ha dicho el mencionado Alto Tribunal: “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>59</sup>.

La razón de ello la deposita, en el caso que se comenta, en la constitucionalmente reconocida prohibición de censura previa. Así dijo el Tribunal Constitucional: “la pretensión formulada por la demandante, en el sentido de que se expida una orden judicial

<sup>59</sup> EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, citado, f. j. 15.

en virtud de la cual se impida que los emplazados puedan seguir difundiendo hechos noticiosos, es incompatible con el mandato constitucional que prohíbe que se pueda establecer, al ejercicio de la libertad de información y expresión, censura o impedimento alguno<sup>60</sup>. De esta manera hay casos –como el que se comenta ahora– en los que nos es posible proteger efectivamente un derecho constitucional, cuando esa protección supone una actuación judicial anterior a la transmisión de la información, incluso cuando se tiene la certeza que esa transmisión va a lesionar derechos constitucionales.

Por tanto, se hace necesario comentar esta no tan afortunada declaración del Máximo intérprete de la Constitución peruana, y se hará al menos en función de tres argumentos. En primer lugar, en función de la admisión de vulneraciones a derechos constitucionales, pues parece ser que con la interpretación que de la norma constitucional hace el referido Tribunal, habrá derechos –como el honor y buena reputación– que puedan ser violados. Aún más, y en segundo lugar, admitir una relevancia de las libertades comunicativas y una trasgresión del derecho al honor, significa admitir que cuando se de este supuesto de confrontación, el juez constitucional –y el mismo Tribunal– son naturalmente incapaces para impedir que se configure esa violación. Y en fin, en tercer lugar, en función de los mecanismos reparadores de violaciones de derechos fundamentales, sobre los cuales parece esperar demasiado el Tribunal Constitucional.

### 3. *Crítica a la postura del Tribunal Constitucional*

#### A) Admite vulneraciones a derechos constitucionales

En lo que respecta al primer argumento, admitir una solución que suponga aceptar –legitimar, en buena cuenta– la vulneración de un derecho constitucional por imposibilidad de actuación judicial previa, es tanto como decir que la Constitución –al menos en la parte en la que recoge el derecho vulnerado– no es vinculante, no es normativa, no obliga a sus destinatarios. Y decir esto es aceptar que es constitucional vulnerar la Constitución, un verdadero despropósito.

En el caso que ahora se comenta, el Tribunal Constitucional ni tan siquiera se detiene a examinar si el mensaje televisivo que es controvertido ha sido difundido dentro de los cauces constitucionales previstos para el ejercicio de la libertad informativa. Acepta de entrada una cierta relevancia de la libertad de información y, con base a una interpretación poco afortunada del dispositivo que contiene la prohibición de censurar previamente, la convierte en la práctica en una libertad absoluta, una suerte de súper libertad indestructible e inexpugnable que avasalla a aquellas otras libertades o derechos que tienen la infortuna de cruzarse por los espacios que ella se decide andar. Precisamente por eso, condena al demandante a aceptar una posible vulneración de su derecho al honor o buena reputación derivándolo a que eventualmente active los mecanismos reparadores del derecho.

---

<sup>60</sup> *Ibidem*.



Propone, en buena cuenta el Tribunal Constitucional, que habrán casos en los que se ha de asumir la Constitución no como una unidad sistemática, sino como una realidad normativa contradictoria. Y eso será la Constitución si se acepta que la Constitución dispone la protección del derecho al honor sólo en determinados supuestos: en aquellos en los que no concurra ni la libertad de expresión, ni la libertad de información. Y eso será la Constitución si aceptamos que la cláusula constitucional de censura previa exige admitir que la norma que reconoce el derecho al honor pierde toda su virtualidad jurídica cuando nos hallemos frente al ejercicio de una libertad comunicativa.

En este punto, ni tan siquiera importa preguntarse por los límites en el ejercicio de la libertad comunicativa. Porque una interpretación como la que hace el Tribunal Constitucional significa que, en virtud de la prohibición de censura previa, para la protección del derecho al honor poco importa que la información sea falsa, incluso poco importa el *animus* del informador, o el lenguaje injurioso o no que es empleado para acompañar la información que se transmite. Esos detalles eventualmente podrán interesar si el afectado en su derecho constitucional, después de habersele obligado a aceptar la violación efectiva de su derecho, se decide por activar el instrumento sancionador penal o el instrumento resarcitorio civil. Un verdadero despropósito, se ha de insistir.

Esto que se dice respecto del derecho al honor es fácilmente transportable al derecho a la intimidad que es otro de esos derechos –derechos *cenicientas* como algunos le llaman–<sup>61</sup> que suelen tener la desdicha de cruzarse con las libertades comunicativas. Y la paradoja salta inmediatamente: ¿cómo es posible fundar un Estado como democrático, que es a lo que se dice fortalece el ejercicio de las libertades comunicativas, con base a obligar a las personas a aceptar vulneraciones de derechos constitucionales tan preciados como el honor y la intimidad? Con este tipo de prácticas se entiende perfectamente que el sistema democrático esté tan venido a menos.

#### B) Desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva

Obligar a una persona a admitir que un medio transmita información lesiva a sus derechos constitucionales como el honor o la intimidad y, en todo caso, obligarlo sólo a acudir a mecanismos reparadores desde esa línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano plenamente asentada y que llega hasta nuestros días que afirma que el Estado –entiéndase el poder político– tiene un deber de *especial protección* a los derechos fundamentales. En una de las últimas sentencias sobre este asunto, afirma el mencionado Alto Tribunal que “desde sus orígenes, el Estado moderno ha sido concebido como un ente artificial, una de cuyas tareas encomendadas ha sido, desde siempre, proteger los derechos fundamentales. Podría decirse, incluso, que se trata de su finalidad y deber principal, pues, en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un ‘deber especial de protección’ ”<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional...*, cit., ps. 14–18.

<sup>62</sup> EXP. N.º 0858–2003–AA/TC, de 24 de marzo de 2004, f. j. 6. Por citar otros: EXP. N.º 0976–2001–AA/TC, de 13 de marzo de 2003, f. j. 5; EXP. N.º 0964–2002–AA/TC, de 17 de marzo de 2003, f. j. 3.



Esta exigencia de protección especial del Estado o poder público que incumbe al órgano judicial, se convierte en una expresión hueca cuando se trata de proteger derechos constitucionales. Y hasta sarcástica para el individuo al que se le obliga a aceptar verdaderas lesiones a su derecho al honor o a la intimidad; para su caso el deber de protección especial no es que deja de ser *especial* para convertirse en ordinaria, sino que sencillamente desaparece por completo el deber de protección.

Esto lleva a formular la segunda crítica. Si el juez que conoce del proceso constitucional se muestra incapaz para impedir vulneraciones a derechos constitucionales como el honor o la intimidad, no sólo viola ese deber de protección especial de los derechos constitucionales que de alguna forma se sustenta en el artículo 44 de la Constitución peruana<sup>63</sup>, sino que además se termina vulnerando otro derecho igualmente constitucional: el derecho a la tutela judicial efectiva que se recoge en el artículo 139.3 CP. Lo singularmente grave es que el mismo Alto tribunal ha definido este derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho que supone un mecanismo jurídico de protección efectiva de los derechos.

Según el Tribunal Constitucional, y en referencia a los derechos constitucionales, “[a] la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”<sup>64</sup>.

Y es que, en referencia a los derechos constitucionales, “los derechos subjetivos precisan de mecanismos encargados de tutelarlos y de asegurar su plena vigencia”<sup>65</sup>. En definitiva, “[e]l derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por nuestra Constitución en su artículo 139.3, cobra especial relevancia ante casos de violaciones de los derechos humanos, dada su naturaleza de medio de protección de los derechos y de contradictor de la impunidad”<sup>66</sup>.

¿Cómo se puede hablar que el amparo constituye una verdadera garantía de derechos como el honor o la intimidad cuando el juez permite violaciones de estos derechos? En estos casos, ¿cómo se puede afirmar que el amparo es un mecanismo encargado de tutelar y asegurar la plena vigencia de derechos como el honor o la intimidad? Simplemente no es posible, al menos no sin incurrir en contradicción cuando no en inconstitucionalidad.

---

<sup>63</sup> Se dispone en el mencionado artículo que “son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”.

<sup>64</sup> EXP. N.º 1230-2002-HC/TC, de 20 de junio de 2002, f. j. 4.

<sup>65</sup> EXP. N.º 2488-2002-HC/TC, de 18 de marzo de 2004, f. j. 22.

<sup>66</sup> *Idem*, f. j. 21.



### C) Ineficacia de los mecanismos reparadores

Para el Tribunal Constitucional, el hecho de no admitir mecanismos que eviten la vulneración de derechos como el honor o la intimidad no es grave porque aquello se verá compensado con mecanismos reparadores, que generalmente son de dos tipos: la rectificación y la acción indemnizatoria por daños; e incluso, y de ser el caso, de mecanismos sancionadores como puede ser el penal. Para lo que aquí interesa, no se comentará el mecanismo sancionador, porque lo que incumbe más directamente al intento de vigencia plena del derecho al honor o a la intimidad, son los mecanismos reparadores, no los sancionadores.

En lo que respecta al mecanismo de rectificación, configurado como derecho en nuestro ordenamiento constitucional (artículo 2.7 CP), si algún efecto reparador se le ha de reconocer ese es sólo para referirlo, y de manera limitada, al derecho al honor. El derecho al honor tiene por objeto “proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás”<sup>67</sup>, y su lesión se configura fundamentalmente con la transmisión y/o difusión de hechos no ciertos y/o acompañados de calificativos injuriosos.

La única manera que se tiene de neutralizar por completo la vulneración del derecho mediante el mecanismo de rectificación es sólo en los supuestos en los que la lesión se ha producido por la transmisión de mensajes conformados exclusivamente por el elemento objetivo o, estando conformados por el elemento objetivo y el subjetivo, es éste último no ofensivo ni injurioso; no ajustándose en uno y otro caso el elemento objetivo a las exigencias de veracidad.

En estos casos, la neutralización o el regreso al estado anterior de la lesión del derecho al honor podría darse sólo en el supuesto que la rectificación pueda ser igualmente vista u oída por todos aquellos que vieron u oyeron la transmisión de hechos falsos, de modo que estos adquirieran el convencimiento de que un sujeto no es o no ha hecho lo que inicialmente se dijo que era o que había hecho. Teóricamente esto podría ser posible<sup>68</sup>, pero “[e]n el fondo, el honor no es reparable, porque las difamaciones que se han 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>69</sup>.

Y aun pensando en alguna situación en la que fuese posible *recoger todas las plumas*, no terminaría de regresar realmente y por completo las cosas al estado anterior porque siempre quedará resentida en algo la dignidad del sujeto cuyo daño por su honor vulnerado sólo ha sido mitigado por la rectificación de información. En buena cuenta, se espera más de lo que realmente puede dar este mecanismo de rectificación, lo que hace que

<sup>67</sup> EXP. N.º 0446–2002–AA/TC, de 19 de diciembre de 2003, f. j. 2.

<sup>68</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 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>69</sup> *Idem*, p. 187.

sea preferible evitar la vulneración del derecho al honor evitando la información inconstitucional, que acudir a mecanismos reparadores como el de rectificación.

Este relativo efecto reparador del mecanismo de rectificación queda completamente anulado para cuando se trata del derecho a la intimidad. La 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 que igualmente termina vulnerándose el derecho a la intimidad. Lo difundido, difundido está y frente a eso nada puede hacer el mecanismo de rectificación. La única manera que habría de neutralizar la violación es encontrando el modo de que quienes escucharon o vieron lo que de la esfera íntima de una persona se ha transmitido, olviden por completo lo que han visto u oído. Y esto es físicamente imposible.

Y en lo que respecta al mecanismo reparador llamado indemnización por el daño, el razonamiento es mucho más sencillo. Cuando se daña el honor no se produce precisamente un daño cuantificable. Se produce más bien un daño no material, un daño moral que nunca puede ser plenamente resarcido. Como bien se ha escrito, “el honor pertenece a un tipo de derechos que protegen bienes inmateriales de la persona, por definición no económicos y no mesurables monetariamente; por ello, cuando se afecta este derecho se genera un perjuicio no material, no patrimonial, un daño que se encuadra en lo que ha venido a denominarse ‘daño moral’. Ante este tipo de daño no parece que el afectado pueda encontrar la satisfacción adecuada –justa compensación– en una indemnización económica. La razón es que un daño moral no puede resarcirse pecuniariamente en *stricta justicia* –esto es, en virtud de la obligación de devolver exactamente lo que se recibió, o de restaurar la cosa tal como estaba antes de que se la hubiese dañado–, ya que se habrá lesionado un bien que por naturaleza no es susceptible de evaluación pecuniaria y, por ende no tiene precio, aunque valga muchísimo”<sup>70</sup>.

Este mismo razonamiento puede hacerse para el derecho a la intimidad. Y es que no existe justificación para aceptar “la obligación de tener que soportar cualquier ofensa al honor [o a la intimidad], teniendo que esperar hasta que se haya sufrido un daño irreparable para poder entonces solicitar el amparo judicial”<sup>71</sup>.

#### 4. Una posible respuesta

Como se ha podido apreciar, la interpretación que de la cláusula de prohibición de censura previa hace el Tribunal Constitucional, tiene una serie de inconvenientes que lleva a preguntarse por la viabilidad de una interpretación distinta que evite precisamente las incongruencias y despropósitos puestos de manifiesto. Esa nueva interpretación debe empezar afirmando una vez más que la Constitución debe ser interpretada como un todo unitario y coherente, como un sistema en definitiva. Esto significa que no es posible darle a

---

<sup>70</sup> *Ibidem.*

<sup>71</sup> *Ibidem.*



sus disposiciones interpretaciones que resulten incoherentes o contradictorias entre sí, lo cual tiene particular significación para cuando se trata de interpretar las disposiciones constitucionales que recojan los derechos de la persona, en la medida que los derechos son exigencias de una naturaleza humana que es igualmente una unidad coherente.

Así, debe evitarse una interpretación de la cláusula de la prohibición de censura previa que haga que las disposiciones constitucionales que recogen las libertades comunicativas y derechos como el honor o la intimidad, se interpreten como disposiciones contradictorias entre sí. Es decir, el principio de unidad y sistematicidad de la norma constitucional no permite interpretar la cláusula de prohibición de censura previa como un instrumento que no permita evitar vulneraciones al derecho al honor o a la intimidad; o, con otras palabras, como un instrumento que permita hacer de las libertades comunicativas libertades prácticamente absolutas e ilimitadas. Así se permitirá evitar que se difunda información que vulneraría derechos como el honor o la intimidad.

Afirmado esto, se debe acudir a interpretar en particular el artículo 2.4 CP en cuanto recoge las libertades de expresión e información y recoge, además, la cláusula de censura previa, en concordancia con el artículo 2.7 CP que reconoce los derechos al honor y a la intimidad. Pues bien, aplicando el principio mencionado en el párrafo anterior, no puede interpretarse la cláusula de prohibición de censura previa como si ella autorizase a no actuar cuando se trata de evitar vulneraciones a derechos constitucionales como el honor o la intimidad; o como si autorizase a una no-vigencia o vigencia relativa de los mencionados derechos personales o, con otras palabras, como si fuese un instrumento que permita hacer de las libertades comunicativas libertades prácticamente absolutas e ilimitadas. Debe buscarse la plena y efectiva vigencia de los derechos constitucionales como el honor y la intimidad, de lo contrario se estaría configurando en la práctica algo contrario a lo que se ha recogido en la misma Constitución: que todos los derechos tienen un mismo valor normativo.

Esta justificación tiene su prolongación en la norma constitucional. En efecto, la Constitución reconoce la procedencia de la acción de amparo por *vulneración o amenaza de vulneración* de –entre otros derechos– el derecho al honor y a la intimidad (artículo 200.2 CP). Del mismo modo, en la legislación procesal constitucional correspondiente se prevé que el amparo –al igual que el de habeas corpus y el de habeas data– procede en caso que *la amenaza de violación de un derecho constitucional sea cierta y de inminente realización*<sup>72</sup>. No puede ser de otro modo si lo que se pretende conseguir es la efectiva protección de un derecho constitucional. Este elemento permite abrir una de las puertas procesales posibles de cruzar a fin de lograr que preventivamente cuando haya la certeza de que una información de transmitirse viole el derecho al honor o a la intimidad, se active el andamiaje procesal constitucional a fin de lograr que esa amenaza de vulneración no llegue a convertirse en violación efectiva.

---

<sup>72</sup> En la Ley 28237, Código Procesal Constitucional, se ha previsto que “[l]os procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole derechos constitucionales (...). Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización (...)” (artículo 2).

Frente a una situación de amenaza cierta e inminente de vulneración de derechos constitucionales como el honor o la intimidad configurada a partir del anuncio de un medio de comunicación de propalar determinada información, ¿se estaría violando la prohibición de censura previa si el juez ordenase la no emisión de esa información? La cuestión se traslada, entonces, a averiguar qué se debe entender por censura previa.

Cuando la Constitución peruana proclama en su artículo 2.4. la libertad de expresión e información “sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno” no parece estar dirigido al órgano judicial, sino a la entidad administrativa. La razón de ser de esta figura 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 fue permitir violaciones de derechos constitucionales o hacer ineficaces los mecanismos de control jurídico frente a situaciones de amenaza cierta e inminente de derechos constitucionales a través de la difusión de información. Bien entendida 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, desaprobalo 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>73</sup>.

No puede, por tanto, de entrada prohibirse 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 de una determinada información para ser difundida. Es decir, de entrada no puede descartarse una actuación preventiva por parte de la autoridad judicial y eventualmente por el mismo Tribunal Constitucional. Precisamente esa actuación preventiva es exigida para lograr una más plena eficacia y garantía de todos los derechos constitucionales. A partir de aquí hay que encontrar medidas eficaces que empleadas razonablemente en cada caso concreto, no vayan a suponer una restricción o violación de las libertades comunicativas mismas. El principio de proporcionalidad –con sus tres juicios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto– ayudará especialmente a encontrar esas medidas adecuadas.

Para terminar, y como se ha escrito, “es claro que la aplicación de la tutela jurisdiccional preventiva en el ámbito de la información implica importantes riesgos. Sin embargo, esta solución merece de todos modos ser seguida, por ofrecer la única salida posible en situaciones donde, si se denegara la tutela, se cometería una notoria injusticia a la vista del juez, que se convertiría en un espectador privilegiado de la realización inexorable de un daño grave e irreparable a derechos fundamentales y bienes públicos”<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> TOLLER, Fernando. *Libertad de prensa...*, cit., p. 635.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 637.



## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional expedida en el EXP. N.º 0905–2001–AA/TC y que ha sido comentada a lo largo de este trabajo, ha servido de excusa para con base en su análisis, plantear e intentar resolver una serie de cuestiones que son de especial importancia en el intento de definir una teoría general acerca de la vigencia de las libertades de expresión e información, con particular referencia a la vigencia conjunta con otros derechos personalísimos –como el honor o la intimidad–. No ha sido extraña a la jurisprudencia –y buena cuenta de ello da la sentencia del Tribunal Constitucional que se ha comentado en este trabajo– la idea de enfrentar una libertad comunicativa con el derecho al honor o a la intimidad planteando y resolviendo conflictos de pretensiones como si se tratase de verdaderos conflictos de derechos.

Si bien en muchos casos se puede llegar a un mismo resultado tanto desde una posición conflictivista como desde una posición armonizadora, lo cierto es que los presupuestos de la primera chocan frontalmente contra elementales principios filosóficos y constitucionales. De entre los primeros se ha de resaltar el principio de unidad de la persona humana debido a su ontológica unidad de su naturaleza humana que no permite formularla como una realidad que formula exigencias contradictorias. Y de entre los segundos, se tiene aquel que afirma que la Constitución es una realidad normativa y que, por tanto, vincula plenamente a sus destinatarios; o aquel otro que establece que la Constitución debe interpretarse como un sistema unitario y, por tanto, no contradictorio.

Pero hay los casos en los que no es posible llegar a un mismo resultado de protección efectiva de los derechos constitucionales, como se puede apreciar del caso en el que se hace prevalecer a la libertad de expresión o de información sobre el derecho al honor, cuando en invocación de una inconstitucional interpretación de la cláusula de prohibición de censura previa, el juez –y el mismo Tribunal Constitucional– se definen como *incapaces* de brindar protección plena en situaciones de amenaza (cierta e inminente) de violación de los mencionados derechos al honor y a la intimidad por difusión de información.

Las consecuencias de una interpretación como la que propone el Tribunal Constitucional a todas las cuestiones analizadas en este trabajo son sencillamente nefastas. Lleva –en el mejor de los casos– a actuaciones inconstitucionales y, en el peor de ellos, a legitimizar soluciones y situaciones injustas. Una y otra cosa totalmente reprochables y que deben ser evitadas, y qué mejor hacerlo con base en principios y razonamientos constitucionales que vayan en la línea de favorecer una más plena vigencia y eficacia de los derechos de las personas reconocidos constitucionalmente.

Una teoría general sobre la vigencia conjunta de las libertades comunicativas con los derechos de la personalidad tiene que empezar reconociendo y llevando a sus últimas consecuencias que en la Constitución peruana todos los derechos reconocidos constitucionalmente –los expresos y los implícitos– tienen una misma y única jerarquía jurídica: la de ser derechos de rango constitucional. Esto lleva a rechazar que los casos que involucren derechos constitucionales deban ser resueltos a través de jerarquías, ya abstractas, ya concretas, entre los derechos constitucionales; y a abrazar aquellas soluciones que proponen definir en cada caso concreto el contenido constitucional de los

derechos en juego a fin de determinar si la conducta que se enjuicia –la transmisión de una información, por ejemplo– cae dentro o fuera del contenido constitucional del derecho que realmente entra en juego en el caso.

Asimismo, debe reconocerse que las distintas disposiciones constitucionales deben interpretarse considerando a la Constitución como un todo sistemático y unitario. Esto exige que no puede interpretarse una disposición constitucional como si permitiese la negación de otra disposición constitucional. Esto lleva a rechazar cualquier interpretación de la cláusula constitucional de prohibición de censura previa como si habilitase a permitir que las situaciones de amenaza cierta e inminente del honor o la intimidad se conviertan en violaciones efectivas para recién acudir no a mecanismos protectores, sino a mecanismos parcialmente reparadores y/o sancionadores. Por tanto se deben rechazar las soluciones que signifiquen aceptar vulneraciones de derechos constitucionales: si todos los derechos valen lo mismo y la Constitución se debe interpretar como si de una unidad se tratase, entonces el contenido constitucional de un derecho no puede incluir la posibilidad de vulnerar otro derecho también constitucional, ninguna norma puede habilitar a aceptar lesiones de derechos constitucionales.

Debe aceptarse, además, que mediante las libertades de expresión e información lo que se van a transmitir son mensajes comunicativos, los mismos que están compuestos, en su gran mayoría, por un elemento objetivo (hechos) y por otro subjetivo (juicios de valor). Estos elementos son los que van a definir los criterios que en cada caso concreto ayudarán a delimitar el contenido constitucional de las mencionadas libertades. Así, son límites de las libertades comunicativas el que el mensaje que se comunique se ajuste a la exigencia de veracidad (su elemento objetivo) y a la exigencia de no ser ofensivos ni injuriosos (su elemento subjetivo), en uno y otro caso, que se trate sobre asuntos que sean públicos, es decir, que no involucren la esfera íntima de las personas, e incluso, que permita el debate sobre asuntos de la comunidad política. Si la transmisión de un mensaje comunicativo se ajusta a estas exigencias, no existe prevalencia de las libertades comunicativas sobre el derecho al honor o a la intimidad, sino que lo que realmente ocurre es un ejercicio constitucional de aquellas.

Se debe reparar también en que en los casos concretos se suele contraponer a las libertades comunicativas especialmente los derechos al honor y a la intimidad. Se trata de derechos que una vez vulnerados son prácticamente de imposible reparación, al menos plena. La vulneración de estos derechos hace que la finalidad de las acciones de garantía –como el amparo–, que es regresar las cosas al estado anterior de cometida la agresión del derecho constitucional, se torne en imposible. Para estos casos la protección efectiva del derecho constitucional –a lo que está obligado especialmente el poder estatal, y por ende, el órgano judicial– significa evitar la agresión del derecho constitucional y/o que se sigan realizando actos que signifiquen violación efectiva del derecho constitucional. Es decir, la protección es realmente efectiva si es una protección preventiva y no una protección reparadora, porque –se ha de insistir una vez más– no es posible una total reparación del derecho una vez que ha sido violado.



En definitiva, se trata de tomar verdadera conciencia de que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 CP), y que sus exigencias jurídicas que son los derechos de la persona vinculan de modo especialmente fuerte al poder político y a los particulares, al punto que para el primero se ha configurado como *deber primordial* el garantizar la plena vigencia de los derechos de la persona.