



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

CRITERIOS DE DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Luis Castillo-Córdova

Perú, julio de 2006

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN: ALGUNOS NECESARIOS CONCEPTOS PREVIOS

Cada vez que se intente el estudio de un derecho fundamental en concreto, necesariamente se debe hacer referencia a la teoría general de los derechos fundamentales en aquellos puntos que resulten de especial utilidad para la realización del mencionado estudio. En particular, cuando se trata del estudio del contenido constitucional de un derecho fundamental como la libertad de expresión e información, hay que hacer referencia necesariamente al menos a los siguientes aspectos: al bien humano que está detrás del derecho fundamental reconocido; a la garantía del llamado contenido esencial de los derechos fundamentales, muy vinculada con la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales; y a la técnica de la ponderación como herramienta para definir en cada caso concreto el alcance del contenido de un derecho fundamental.

1. *Bienes humanos y derechos fundamentales*

Los derechos fundamentales (que para el caso del sistema jurídico peruano equivale formal y materialmente a los derechos constitucionales) no vienen a ser sino los derechos humanos constitucionalizados. Una definición sencilla de lo que es un “Derecho humano” puede ser la siguiente: aquellos derechos que se tienen y se definen por ser persona humana. Preguntarse por la persona humana es preguntarse necesariamente por el *ser* (humano). Si el *ser* es aquello por lo cual algo es lo que es y no otra cosa distinta, preguntarse por el ser de la persona humana es preguntarse por la naturaleza humana. La naturaleza humana es una realidad compleja que abarca al menos las siguientes cuatro dimensiones: la material y la espiritual, la individual y la social. En estos cuatro ámbitos, el ser o naturaleza humana manifiesta una serie de características, necesidades y exigencias que deben ser respetadas y satisfechas, en la medida que se trata de una naturaleza inacabada y que tiende a su perfeccionamiento. De ahí que hablar de la persona humana como fin (de la sociedad y del Estado), significará que habrá que promover las circunstancias para favorecer el pleno desarrollo de la persona humana, es decir, para favorecer la plena vigencia de sus derechos fundamentales.

Si el ser o naturaleza humana busca su perfección, entonces habrá que reconocer que requiere la satisfacción de una serie de necesidades y exigencias que le encaminan precisamente al pleno desarrollo de la persona humana. En este contexto aparece el concepto de bien (humano) como aquello que perfecciona al ser (humano). El Derecho no sólo ha reconocido sino que además ha formulado deberes de obligatorio cumplimiento a partir de esos bienes humanos. En particular, el derecho positivo estatal ha reconocido y garantizado esos bienes en su norma suprema (la Constitución): los derechos fundamentales. Éstos, por tanto, son el reconocimiento y garantía constitucional de los bienes humanos; es decir, son la traducción jurídica de una serie de exigencias y necesidades de la naturaleza humana. Este breve razonamiento permite concluir que detrás de cada derecho fundamental existe un bien humano que se intenta lograr. La finalidad del reconocimiento y garantía de un derecho fundamental, será precisamente la consecución del bien humano que subyace en cada derecho, y –como se tratará más adelante– cuando se aborde la labor de determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental, habrá



que preguntarse también por la finalidad (bien humano) que subyace a la formulación del concreto derecho fundamental¹.

2. *El contenido constitucional de un derecho fundamental*

Todo derecho fundamental vale y significa su contenido. Es claro que desde la Filosofía de los Derechos humanos e incluso desde la Teoría del Derecho, pueden formularse algunos criterios que definen el significado y alcance de un derecho fundamental determinado. Sin embargo, este contenido será definido sólo en función de un concreto ordenamiento jurídico constitucional. En este contexto aparece la llamada garantía del contenido esencial de un derecho fundamental.

Todo derecho fundamental tiene un contenido que lo singulariza y diferencia de otros derechos fundamentales. En este sentido es propio hablar de *contenido esencial* para significar aquel contenido del derecho por el cual ese derecho es el que es y no otro distinto². Es decir, *contenido esencial* de un derecho fundamental es el contenido que brota de la *esencia* del derecho mismo, definida la esencia o ser como aquello por lo cual algo es lo que es y no otra cosa distinta. No sirve, sin embargo, la expresión *contenido esencial* para significar que el contenido de un derecho fundamental tiene dos partes, una esencial que es indisponible plenamente por el Poder político (y los particulares), y otra parte no esencial que puede ser sacrificada o restringida.

Y no sirve porque el contenido esencial o contenido constitucional de un derecho fundamental es un solo contenido, que no tiende a expandirse ilimitada y desbocadamente, sino que es un contenido limitado y dirigido a la consecución del bien humano que representa, cuyos contornos o fronteras internas o inmanentes se van definiendo siempre en función de las específicas circunstancias de los casos concretos. Es esta delimitación del contenido constitucional lo que permite hablar de coexistencia conjunta y armónica de los distintos derechos fundamentales entre sí, y de estos con los distintos bienes jurídico-constitucionales.

¹ No se equivoca el Tribunal Constitucional español cuando ha recurrido a los intereses jurídicos protegidos por un derecho fundamental en la labor de determinación del contenido constitucional de un derecho fundamental. Así, ha propuesto el referido Tribunal dos caminos para determinar el contenido constitucional del derecho fundamental, uno de los cuales consiste en “tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. STC 11/1981, de 8 de abril, f. j. 8.

² El segundo camino propuestos por el Tribunal Constitucional español para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental precisamente hace referencia al *ser* del derecho en cuestión. Ha establecido el mencionado Tribunal que la determinación del contenido esencial del derecho fundamental consiste en “tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho (...) Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así”. *Ibidem*.

El contenido constitucional de un derecho fundamental si bien es cierto no tiene dos partes, sino que es un único contenido, sí tiene una doble dimensión. Una dimensión individual o de libertad, conformada por una serie de facultades de acción que el derecho atribuye a su titular; y una dimensión social o prestacional conformada por un conjunto de obligaciones predicadas del Poder público en su afán de favorecer la plena vigencia del derecho fundamental. Estas obligaciones reformulan exclusivamente en función de lograr la plena vigencia de los derechos fundamentales en la medida que ello representa el axioma (jurídico-filosófico) más importante de todo el ordenamiento jurídico (positivo y *supra* positivo): la persona humana es el fin de toda realidad social y estatal³.

3. *El juicio ponderativo y la determinación del contenido constitucional de un derecho*

A) Un contenido que se define según las concretas circunstancias

No se vaya a pensar que es posible definir de manera general (y abstracta), acabada y válida para siempre el contenido constitucional de un derecho fundamental. Esto sólo sería posible si el Derecho fuese una ciencia exacta, al modo que la física o la química, en la que la aplicación de ecuaciones o fórmulas siempre darán un mismo resultado. El Derecho no es una ciencia exacta por la sencilla razón de que la persona humana es una inteligencia y voluntad libres, que no puede ser encasillada en la rigidez de una fórmula de modo que su existencia quede automatizada. La persona humana tiene reconocida una dignidad por ser un fin en sí misma, por lo que rechaza frontalmente ser considerada o tratada como una mera variable o un mero logaritmo. De igual forma, la persona humana como una realidad esencialmente libre, existe y se manifiesta en un momento histórico concreto y, por tanto, dentro de una concreta realidad, en la cual precisamente formula sus decisiones libres⁴. Si los derechos fundamentales son la traducción jurídica de una naturaleza humana radicalmente libre que se manifiesta dentro de una concreta realidad, y los derechos fundamentales significan y valen su contenido, entonces, el alcance de un derecho fundamental sólo puede definirse dentro de las circunstancias de un caso concreto en el cual haya sido invocado.

³ Este axioma se encuentra hoy recogido en los distintos textos internacionales y nacionales. De los primeros se puede destacar el primer considerando del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos del Hombre en el que se ha establecido que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. De forma parecida se ha manifestado el Consejo de Europa en la Convención de Roma al manifestar que los derechos humanos y libertades fundamentales “constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan”. De los textos nacionales puede destacarse la Ley Fundamental de Bonn en la que se “reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo” (artículo 1.2). De igual manera se ha dispuesto en la Constitución española que “[l]a dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1). Mientras que en la Constitución peruana se ha dispuesto que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1).

⁴ Sin duda, uno de los principales deficiencias que presentó el iusnaturalismo racionalista fue precisamente su concepción a-histórica del hombre y del Derecho.



Esto no significa, sin embargo, que no sea posible plantear algunos criterios generales de definición o determinación del contenido constitucional. Muy por el contrario, no sólo no es imposible sino que resulta necesario que de manera general se establezcan algunos parámetros que dirijan la concreta actividad hermenéutica encaminada a delimitar los contornos de un derecho fundamental. Sin estos parámetros o criterios generales, la actividad interpretativa carecerá de unos puntos de apoyo fundamentales que a manera de señales o luces orienten la labor hermenéutica de todo operador jurídico, en particular de los jueces.

Así mismo, tampoco significa que las circunstancias de un caso concreto logre definir *todo* el contenido constitucional del derecho fundamental. Normalmente un asunto iusfundamental (un asunto que involucra derechos fundamentales) es resuelto cuando se logra establecer si una determinada prestación efectivamente cae dentro del contenido constitucional del derecho fundamental que fue invocado como sustento. No se trata de establecer a cuáles más pretensiones daría cobertura constitucional el derecho fundamental invocado como sustento de una determinada pretensión; sino que de lo que se trata es de resolver un caso concreto y, por tanto, de establecer si en las circunstancias concretas del caso una determinada pretensión tiene o no cobertura constitucional.

B) Un juicio ponderativo que define el alcance de un derecho en un caso concreto

En esta labor de determinación del contenido constitucional de un derecho fundamental – o, como se ha dicho, en la determinación de si una concreta pretensión forma o no parte del contenido constitucional de un derecho fundamental–, juega un papel de especial relevancia el llamado juicio ponderativo. No se va a negar –al menos aquí no se hará– la utilidad y trascendencia del juicio ponderativo en la solución de los casos iusfundamentales. Por el contrario, reconociendo su papel central se afirmará inmediatamente que este juicio no puede ser empleado para *ponderar derechos* y definir en un concreto litigio cual derecho pesa más a fin de establecer el derecho vencedor (el derecho preferente) y el derecho vencido (el derecho relegado), sino que deberá ser empleado para *ponderar las circunstancias* y, ponderándolas, establecer el concreto alcance del contenido del derecho fundamental, y definir si se le da o no cobertura constitucional a una determinada pretensión⁵.

En efecto, los derechos fundamentales no pueden ser ponderados por la sencilla razón de que todos los derechos *pesan* lo mismo. No existe un derecho que pese más que otro ni en abstracto ni en concreto, porque en una y otra situación todos los derechos fundamentales tienen un mismo valor: todos son igualmente necesarios para el pleno desarrollo de la persona humana, porque todos ellos suponen la realización de un bien humano.

⁵ En palabras del Tribunal Constitucional español, “nuestro enjuiciamiento, cuando de la infracción de derechos fundamentales sustantivos se trata, no se limita a examinar la razonabilidad de la motivación de las Sentencias objeto de impugnación, sino que alcanza a comprobar si se ha realizado una ponderación adecuada que respete la correcta definición y delimitación constitucional de los derechos fundamentales en juego y de las obligaciones que puedan modularlos. Juicio que permitirá determinar, a la luz de las concretas circunstancias del caso, si la reacción empresarial que condujo a la sanción es legítima o, por el contrario, constituye la reprobación del lícito ejercicio de los derechos fundamentales del recurrente, en cuyo caso la sanción no podrá dejar de calificarse como nula”. STC 213/2002, de 11 de noviembre, f. j. 5.

De hecho, en los casos en los que se presentan dos pretensiones en conflicto y cada una de ellas ha sido argumentada desde un derecho fundamental distinto, el juicio ponderativo no sirve para determinar cual derecho invocado es más importante y así prevalecer de modo que se otorgue cobertura constitucional a una determinada pretensión; sino que el juicio ponderativo sirve para determinar el alcance del derecho en el caso concreto y así definir cual de los dos invocados derechos fundamentales está realmente en juego y cual no, es decir, cual de los dos derechos fundamentales ha sido regular o debidamente ejercitado o, lo que es lo mismo, cual de las dos pretensiones en conflicto (si la del demandante o la del demandado en un proceso) se ha de reconocer como constitucionalmente válida.

Cuando en un caso (proceso) iusfundamental se presentan dos pretensiones en conflicto, cada una de ellas sustentada en un derecho fundamental determinado, no significa que los derechos fundamentales invocados hayan también entrado en conflicto, ni que el caso se resuelva aplicando un juicio ponderativo a fin de determinar cual de los dos derechos fundamentales ha de prevalecer. Lo que ocurre realmente es que sólo uno de los dos derechos fundamentales invocados ha sido ejercitado debida o regularmente, pues no puede ocurrir que habiendo sido ejercitado debidamente un derecho fundamental llegue a chocar con otro derecho fundamental también correcta y debidamente ejercitado. Así lo exige tanto el principio de normatividad como el principio de unidad de la Constitución. Cómo sólo uno de los dos invocados derechos fundamentales está en juego al haber sido debidamente ejercitado, el juicio ponderativo servirá para determinar cuál es ese derecho y –por tanto– cual pretensión es la constitucionalmente amparable.

Por tanto, el juicio ponderativo sirve para definir en cada caso concreto el contenido constitucional de un derecho fundamental, es decir, cual de las dos pretensiones invocadas en el caso debe recibir cobertura constitucional por ser producto del ejercicio regular del contenido constitucional del derecho fundamental. Hechas estas preliminares aclaraciones, se pasará a formular aquellos criterios o pautas generales que permitan en cada caso concreto definir el contenido constitucional de las libertades de expresión e información.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN: ¿DOS DERECHOS DISTINTOS?

Con carácter previo a la definición de una serie de criterios de carácter general que se han de tomar en consideración para la delimitación del contenido constitucional de las libertades de expresión e información, se ha de plantear e intentar resolver la cuestión de si para resolver un caso es conveniente distinguir entre la libertad de expresión y la libertad de información o, por el contrario, es posible hablar de un sólo derecho fundamental que abarque tanto lo que significa la libertad de expresión, como lo que significa la libertad de información. Esta cuestión, como se comprenderá, interesa formularla responderla desde el ordenamiento constitucional peruano, lo cual significa que esta cuestión podrá tener una respuesta distinta en un ordenamiento constitucional diferente.

El Tribunal Constitucional peruano ha respondido a esta pregunta afirmando que se ha de distinguir la libertad de expresión de la libertad de información en la medida que “el contenido constitucionalmente protegido de las libertades de información y expresión no es



semejante”⁶. Ha dicho este Tribunal 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”⁷.

Dos razones ha expresado el Supremo intérprete de la Constitución peruana para fundamentar esta respuesta. La primera, como se puede constatar de los pronunciamientos jurisprudenciales trascritos, es que ambas libertades tienen objetos de protección distintos. Mientras que la libertad de expresión protege la transmisión de juicios de valor, la libertad de información protege la transmisión de hechos noticiosos. Y la segunda razón, consecuencia de esta primera, es que debido precisamente a que tienen objetos distintos, ambas libertades presentan también límites diferentes. Así, debido a que la libertad de información asegura la transmisión de hechos, estos deben ser veraces; mientras que esta exigencia de veracidad no puede ser formulada de la libertad de expresión que asegura la transmisión de juicios de valor, debido a que estos juicios son plenamente subjetivos y por ello no demostrable su veracidad. Esto no significa, sin embargo, que la libertad de expresión tenga un contenido ilimitado que avale su ejercicio irrestricto, sino que otros serán sus límites: que los juicios de valor no sean injuriosos⁸, ni insultantes⁹. En palabras del Tribunal Constitucional, que los juicios de valor “no se sustent[en] en expresiones desmedidas o lesivas a la dignidad de las personas”¹⁰.

Esta distinción que puede formularse y aceptarse en un plano eminentemente teórico, en la práctica serviría únicamente para los casos en los que los mensajes comunicativos que la persona quisiera difundir estén compuestos sólo por hechos o sólo por juicios de valor. Pero en realidad, los mensajes comunicativos que normalmente se transmiten estarán conformados tanto por hechos (elemento objetivo) como por juicios de valor (elemento subjetivo), por lo que en la práctica no es útil formular esta distinción¹¹. Pero no sólo no es útil, sino que tampoco es conveniente aplicarla para resolver los casos concretos debido a

⁶ EXP. N.º 0866–2000–AA/TC, de 10 de julio de 2002, f. j. 2.

⁷ EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, de 14 de agosto de 2002, f. j. 9.

⁸ La injuria, en este caso, no debe ser tomada en sentido técnico jurídico, sino en sentido amplio como “agravio, ultraje de obra y palabra”, que es la primera acepción que aparece en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

⁹ En este punto es bastante ilustrativa la jurisprudencia plenamente asentada del Tribunal Constitucional español, en la cual se ha manifestado que “[c]omo hemos señalado con reiteración la libertad de expresión no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática». Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental”. STC 198/2004, de 15 de noviembre, f. j. 7.

¹⁰ EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, citado, f. j. 15.

¹¹ En palabras del Tribunal Constitucional español, “la expresión de la propia opinión implica a menudo [necesita] apoyarse en la narración de hechos, y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende muy frecuentemente elementos valorativos”. STC 241/1999, de 20 de diciembre, f. j. 3.

los riesgos que presenta de análisis inacabado de los límites de los mensajes comunicativos. En efecto, si en un acaso concreto se define en primer lugar cual libertad está en juego, si la de expresión o la de información, para luego examinar si la emisión del mensaje se ha sujetado sólo a los límites propios de la libertad previamente identificada como inmersa en el caso, entonces se corre el riesgo de dar cobertura constitucional a la emisión de un mensaje que conteniendo tanto hechos como juicios de valor, se halle ajustado sólo a los límites de la libertad (de expresión o información) identificada de antemano. De esta manera, si en un caso concreto se define que la libertad en juego es la libertad de información y no la de expresión, se corre el riesgo de que al mensaje comunicativo sólo se le exija veracidad, y que no se le exija que su posible elemento subjetivo se ajuste al requerimiento de no ser injurioso o insultante¹².

En realidad, es conveniente tratar ambas libertades como si de un sólo derecho fundamental se tratase¹³: como un derecho que permite la transmisión de mensajes comunicativos conformados tanto por hechos como por juicios de valor, de manera que en los casos concretos no haya que preguntarse si está en juego la libertad de expresión o de información, sino que lo que se ha de preguntar es por el contenido del mensaje a transmitir, de manera que si está presente el elemento objetivo se exija el *test* de veracidad, y si a la vez está presente el elemento subjetivo se exija también que no sea injurioso o insultante. Si lo que define una u otra libertad es el contenido, y las exigencias o límites se formulan en función del contenido, y normalmente cuando se emiten o difunden mensajes comunicativos se transmiten tanto el elemento objetivo como el subjetivo, entonces lo que más convendrá no será distinguir una u otra libertad (si de información o expresión), sino tratarlas como componentes de un solo derecho que faculta la transmisión de mensajes comunicativos con unas determinadas exigencias constitucionales según se transmitan hechos y/u opiniones.

Sin embargo, y para un mejor entendimiento y debido a que se encuentra muy asentado el convencimiento de que se ha de distinguir siempre la libertad de expresión de la de información como consecuencia de su completa diferencia, y debido también al prácticamente nulo empleo de la expresión “derecho de comunicación”, en lo que sigue de este trabajo se emplearán la expresiones “libertad de expresión” y “libertad de información”, aunque siempre se hará de manera conjunta de modo que aún siendo reemplazadas por

¹² Como ha ocurrido en alguna oportunidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Por ejemplo, en un mensaje comunicativo en el que se habrían manifestado hechos y juicios de valor, el mencionado Tribunal definió que la libertad que estaba en juego era la libertad de expresión por lo que no exigió que los hechos transmitidos en el mensaje se ajustasen al *test* de veracidad. En este contexto, manifestó el referido Tribunal Constitucional que “en el presente caso ninguna relevancia ha de tener el que las manifestaciones del actor resultasen o no ciertas, ya que encontrándonos ante el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, las opiniones o juicios de valor emitidos no se prestan –a diferencia de lo que ocurre con la libertad de información– a una demostración de exactitud, no siendo exigible la prueba de la veracidad o la diligencia en su averiguación”. STC 20/2002, de 28 de enero, f. j. 7.

¹³ De ahí que convenga más hablar de “Derecho a la comunicación” o “Derecho de comunicación”, como un derecho que incluiría las libertades de expresión e información, antes que hablar de cada una de estas libertades por separado.



“derecho de comunicación”, en nada variaría los conceptos o criterios hermenéuticos iusfundamentales que se lleguen a formular.

III. CRITERIOS NORMATIVOS PARA LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

1. *Acudir al dispositivo que recoge el derecho cuyo contenido se intenta determinar*

Para la determinación del contenido constitucional de las libertades de expresión e información en un caso concreto, se requiere poner en juego criterios hermenéuticos al menos de dos tipos: los referidos a la norma constitucional en tanto que brotan directamente de ella; y los referidos a elementos distintos a la norma constitucional. A los primeros denominaremos aquí, “criterios normativos” y a los segundos “criterios extra normativos”.

Respecto de los primeros, se ha de empezar diciendo que para definir el contenido constitucional de un derecho fundamental se ha de partir de lo que la norma constitucional ha dispuesto sobre el derecho cuyo contenido se intenta determinar (interpretación literal). Para el caso peruano, esto significa acudir al artículo 2.4 CP, particularmente a su primer párrafo en el que se ha dispuesto que toda persona tiene derecho “[a] las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”¹⁴.

De aquí se puede concluir que las libertades de expresión e información otorgan a sus titulares una serie de facultades que colocan a su titular en posición de crear y transmitir mensajes comunicativos, ya sea conformados por hechos, por juicios de valor o por ambos elementos. Dos son los momentos a los cuales van dirigidas las facultades que depara este derecho: un momento previo, de investigación, confrontación de fuentes, de reflexión y creación del mensaje a difundir; y otro posterior referido a la emisión y difusión del mensaje creado. Tanto en uno como en otro momento, el titular debe contar con la necesaria libertad para realizar estas facultades (ejercer el derecho).

Estas facultades vienen a conformar la dimensión de libertad o subjetiva del contenido constitucional de las libertades de expresión e información. En palabras del Tribunal Constitucional peruano, “la Libertad de Información, reconocida en el inciso 4) del artículo 2.º de la Constitución, garantiza un complejo haz de libertades que, conforme enuncia el artículo 13.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende tanto las libertades de buscar y recibir información como la de difundir informaciones de toda índole verazmente. En esa medida, anotamos en su momento que, dentro de su ámbito constitucionalmente garantizado, se encontraba el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz, la misma que, por la propia

¹⁴ Sobre este dispositivo ha manifestado el Tribunal Constitucional que “en realidad, existen solamente dos derechos fundamentales en juego: a la expresión y a la información, pues el derecho a la opinión solo es el bien jurídico tutelado de la expresión; y el derecho a la difusión del pensamiento, un grado superlativo en que la comunicación puede llegar al público”. EXP. N.º 2262–2004–HC/TC, citado, f. j. 13.

naturaleza de datos objetivos y contrastables, está sujeta a un test de veracidad”¹⁵. Sirve ésta declaración del Tribunal Constitucional, aunque igualmente debería hacerse extensiva a la libertad de expresión.

Del mismo modo, hay que destacar la facultad de crear medios de comunicación a fin de transmitir los mensajes comunicativos (hechos y juicios de valor) como facultad de libertad más que compone el contenido constitucional de las libertades de expresión e información. Como ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, el derecho de información “[t]ambién garantiza, como se expresa en el último párrafo del artículo 2, inciso 4), de la Constitución, el derecho de fundar medios de comunicación. En ese sentido, tal como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la libertad de expresión no está completa en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir”, sino que incluye, también, “en forma inseparable, el derecho a usar todo medio adecuado para divulgar información” (Caso Ivcher Bronstein, párrafo 147-150). Por ello, especial protección debe brindarse a los medios de comunicación. “Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad” (Opinión Consultiva 05/85, del 13 de noviembre de 1985, Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 34)”¹⁶. También sirve esta declaración si se hace extensiva a la libertad de información en la medida que el referido último párrafo del artículo 2.4 CP habla de *informar y opinar*.

Estas facultades de acción que permiten la creación de mensajes comunicativos y su difusión, deben ser vistas no sólo respecto de quien emite los referidos mensajes, sino también respecto de la sociedad en su conjunto. El cuerpo social tiene la necesidad de recibir información y juicios de valor –como se abundará más adelante– para poder formar una opinión pública. De esta manera, se ha de agregar una facultad más a las ya mencionadas: la facultad de los ciudadanos en su conjunto de recibir información. Por tanto, no sólo existe el derecho a crear y emitir mensajes comunicativos, sino que –como parte del contenido constitucional de las libertades de expresión e información– también existe el derecho a recibirlos¹⁷.

¹⁵ EXP. N.º 3512–2005–PA/TC, de 20 de julio de 2005, f. j. 4.

¹⁶ EXP. N.º 1048–2001–AA/TC, de 9 de octubre de 2002, f. j. 3.

¹⁷ Es lo que ha llevado a la Corte interamericana de Derechos humanos a reconocer una significación individual y otra social al contenido de libertad que se ha de reconocer a las libertades de expresión e información. Sobre la significación social ha manifestado que “la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 65. Mientras que de la significación social o colectiva ha dicho que “la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”. Idem, párrafo 66.



2. Acudir a los demás dispositivos constitucionales relacionados con aquel que recoge el derecho

A) Los límites (inmanentes) de las libertades de expresión e información

En la determinación del contenido constitucional de un derecho fundamental no basta con tomar en consideración el concreto dispositivo constitucional que reconoce el derecho cuyo contenido se intenta delimitar, sino que también se ha de acudir a los demás dispositivos constitucionales relacionados con éste (interpretación sistemática). Para el caso de las libertades de expresión e información significará tomar en consideración, entre otros dispositivos, el artículo 2.7 CP en el que se reconoce y garantiza los derechos al honor y a la intimidad: toda persona tiene derecho “[a]l honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias”, reza el mencionado dispositivo constitucional.

Los derechos al honor y a la intimidad aparecen como límites de las libertades de expresión e información. Esto significa que no podrá formar parte del contenido constitucional de estas libertades fundamentales aquellas pretensiones de creación y emisión de mensajes comunicativos que vulneren la intimidad o el honor de las personas respecto de las cuales se ha difundido los hechos y juicios de valor. En referencia expresa al derecho a la intimidad, que se ha de hacer igualmente extensiva al derecho al honor en la medida que el fundamento –el principio de unidad constitucional– así lo permite y exige, ha dicho el Tribunal Constitucional peruano que “[e]l ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho. (...) De otro lado, *sobre la base del principio interpretativo de la unidad de la Constitución*, la vida privada de las personas aparecerá como límite al derecho a la información, en el sentido que el ejercicio de uno no podrá realizarse vulnerando el espacio del otro”¹⁸.

Esto viene a confirmar los límites inmanentes de las libertades de expresión e información a los que se ha hecho alusión anteriormente. Si las libertades de expresión e información no pueden vulnerar el derecho al honor, entonces, los mensajes comunicativos no pueden formularse en base a hechos no veraces y a valoraciones insultantes, porque tanto una como otra vulneran el honor de las personas. Y a la vez, viene a mostrar un límite (inmanente) más a las mencionadas libertades fundamentales: el mensaje que se transmita no puede estar referido de aspectos de la vida privada de las personas, o dicho con otras palabras –y para lo que aquí interesa destacar–, debe tener relevancia o interés público.

En este punto que ya se pueden formular los límites (contornos internos o inmanentes) de las libertades de expresión e información: los mensajes deben ser veraces, no injuriosos y deben tener relevancia pública. Sólo mensajes ajustados a estas exigencias podrán ser protegidos constitucionalmente por conformar parte del contenido constitucional de las libertades de expresión e información.

¹⁸ EXP. N.º 6712–2005–HC/TC, de 17 de octubre de 2005, f. j. 36. La cursiva de la letra es añadida.

B) En particular, sobre la proscripción de censura previa y la tutela constitucional preventiva. Una interpretación literal y aislada del artículo 2.4 CP llevaría a concluir que las libertades de expresión e información se han reconocido en el texto constitucional de manera que sería inconstitucional una actuación preventiva en garantía de derechos fundamentales como el honor o la intimidad, de forma tal que se pueda expresar e informar (publicar y difundir) cualquier mensaje comunicativo con cualesquiera hechos y juicios de valor, sin que en ningún caso pueda impedirse la divulgación de hechos no veraces y/o juicios de valor difamatorios, procediendo –en cualquier caso– una actuación posterior una vez verificada la difusión del mensaje. Por desgracia, una interpretación de esta naturaleza no ha sido ajena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁹.

Sin embargo, una interpretación de esta naturaleza está vedada por la propia Constitución, que –como ha reconocido el mismo Tribunal Constitucional– debe ser interpretada como si de una unidad coherente y sistemática se tratase. La principal consecuencia del principio de unidad en la interpretación y aplicación de la Constitución es evitar interpretaciones contradictorias entre dispositivos distintos de una misma norma. Si se concluye que una norma dispone algo y a la vez lo mismo pero de sentido contrario, sencillamente esa norma no podrá aplicarse porque por un lado permitiría lo que por otro prohibiría. A esta contradicción se estaría arribando si se concluye, por un lado que el artículo 2.4 CP habilita para que se transmitan mensajes comunicativos vulneradores de la intimidad u honor de las personas, y por otro que el artículo 2.7 CP prohíbe vulnerar la intimidad y el honor de las personas²⁰.

De igual forma, no puede interpretarse el artículo 2.4 CP de modo que se concluya la permisión de emitir mensajes que vulneran el honor y la intimidad porque otro principio que anima la hermenéutica constitucional es el principio de normatividad, por el que se dispone que la norma constitucional es una norma de cumplimiento obligatorio y no una mera declaración de principios o de buenas intenciones. Se vulneraría este principio porque

¹⁹ Así, por ejemplo, tiene declarado el Tribunal Constitucional que “en modo alguno puede olvidar este Supremo Intérprete de la Constitución que cuando como consecuencia del ejercicio de las libertades informativas, se transgredan otros derechos constitucionales, como al honor, a la buena reputación, a la imagen o la voz, como en el caso de autos alegan los accionantes, su tutela no puede significar que con carácter preventivo se impida a un medio de comunicación social, cualquiera sea su naturaleza, propalar la información que se considera como lesiva, pues ello supondría que la cláusula de prohibición de la censura previa o de la proscripción del impedimento para el ejercicio de tales libertades quedara vaciada de contenido, y con él la garantía institucional de la libertad informativa como sustento de un régimen constitucional basado en el pluralismo”. EXP. 0168–1998–AA/TC, de 17 de abril de 1998, f. j. 2.b. De igual forma, en una sentencia más reciente, recordaba el Supremo intérprete de la Constitución este criterio jurisprudencial: “este Colegiado ha precisado, como parte del fundamento 15 de la sentencia emitida en el Expediente N.º 0905-2001-AA/TC, Caso Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín, que (...) como consecuencia del ejercicio de las libertades informativas, se transgredan otros derechos constitucionales, como los derechos al honor o a la buena reputación, su tutela no puede significar que, con carácter preventivo, se impida que un medio de comunicación social, cualquiera que sea su naturaleza, pueda propalar la información que se considera como lesiva, pues ello supondría vaciar de contenido a la cláusula que prohíbe la censura previa, la que proscribiera el impedimento del ejercicio de tales libertades y, con ellos, la condición de garantía institucional de las libertades informativas como sustento de un régimen constitucional basado en el pluralismo”. EXP. 2262–2004–HC/TC, de 17 de octubre de 2005, f. j. 13.

²⁰ Como bien se ha dicho, “claridad conceptual, ausencia de contradicciones y coherencia es una condición para la racionalidad de toda ciencia”. ALEXÝ, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996, p. 27.



resignadamente se estaría admitiendo la imposibilidad de evitar vulneraciones al honor y a la intimidad cuando de la emisión de determinados mensajes comunicativos (hechos y/o juicios de valor) se trate, vaciando de esta manera el contenido del artículo 2.7 CP.

En uno y otro caso, de permitirse la emisión de mensajes comunicativos con elementos objetivos no sujetos al requisito de veracidad, o con elementos subjetivos insultantes o difamatorios, que versen sobre asuntos privados, se está permitiendo la violación de derechos como el honor y la intimidad, sin que en ningún caso sea posible regresar las cosas al estado anterior de la violación del derecho fundamental, es decir, sin que en ningún caso se pueda reparar efectivamente la agresión del derecho fundamental. En efecto, no puede afirmarse –como lo ha hecho el Tribunal Constitucional– que existan procedimientos reparadores de la violación de los derechos al honor y a la intimidad.

Descartado queda, en primer lugar, los posibles procesos penales que se instauren, ello debido a que el proceso penal tiene por finalidad sancionar una conducta delictiva, y no regresar las cosas al estado anterior de cometida la agresión del derecho fundamental. Es decir, su finalidad no es reparadora sino sancionadora. Descartado queda también el mecanismo de indemnización, porque cuando se vulnera el honor o la intimidad, se trata de agresiones que configuran daños morales que no pueden ser resarcidos en ningún caso mediante una indemnización dineraria. No es posible una satisfacción o superación plena de la agresión de un derecho fundamental a través de una respuesta de naturaleza distinta a la vulneración del derecho fundamental.

Y finalmente, debe quedar descartado también como mecanismo reparador la rectificación de informaciones. Si alguna virtualidad se podría reconocer a este mecanismo es para referirlo sólo del derecho al honor, porque la intimidad queda vulnerada por emitir hechos que pertenecen a la esfera privada de las personas, aunque se trate de hechos verdaderos y que, por tanto, no requieren ser rectificadas. Pero aún en el caso del derecho al honor es dudosa su virtualidad reparadora porque ello sólo sería posible si se asegurase que todos los que escucharon o leyeron la información con base en hechos falsos, luego han podido leer o escuchar de la rectificación de la información, y esto –como se podrá comprender– si bien teóricamente es posible, en la práctica no lo es. Es más, aún en el supuesto que eso fuese posible, si se difunden hechos falsos referidos de una persona, siempre quedará la duda de su realización o no, y es innegable que incluso la duda ofende el honor.

Si el proceso penal, el proceso civil de indemnización y el mecanismo de rectificación, no logran hacer desaparecer la vulneración del derecho fundamental al honor o a la intimidad (entre otros derechos fundamentales), y además, si la persona humana es el fin de la sociedad y del estado (artículo 1 CP), es decir, si la plena vigencia de los derechos humanos (o derechos fundamentales) y la consecuente satisfacción de los bienes humanos implícitos, son el fin de la sociedad y del Estado; entonces no se podrá admitir la prohibición de actuación preventiva a fin de evitar la vulneración irreparable de derechos fundamentales como el honor y la intimidad. No al menos sin quebrar el principal criterio hermenéutico que existe en la Constitución peruana que coloca a la persona humana (y, por tanto a sus derechos como persona humana) como fin de toda realidad social y estatal.

Consecuentemente, no sin que el Poder estatal quebrante uno de sus deberes primordiales: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44 CP).

Más aún, si se repara en que en el texto constitucional se ha reconocido el derecho de que toda persona pueda acudir al proceso constitucional de amparo por amenaza o por violación efectiva del contenido constitucional de un derecho fundamental (artículo 200.2 CP), entonces, no se podrá impedir –no al menos sin vulnerar la Constitución– que un particular acuda al mencionado proceso constitucional cuando es manifiesta la amenaza cierta e inminente de que existe un mensaje comunicativo a punto de ser difundido y cuya emisión vulnerará de modo irreparable su intimidad o su honor²¹. En este supuesto, se ha de permitir al particular acudir a la jurisdicción constitucional a fin de que el juez examine si efectivamente se ha dado la manifiesta agresión –en la modalidad de amenaza– de los referidos derechos fundamentales, y de encontrar que ésta se ha configurado, impedir la consumación de la agresión impidiendo la emisión del mensaje comunicativo.

Constitucionalmente esto es así. Sin embargo, no se puede ignorar el hecho de que argumentada la posibilidad de tutela constitucional previa de los derechos al honor y a la intimidad a través del proceso de amparo, esta tutela pueda ser empleada indebida y extralimitadamente, de manera que se afecte el contenido constitucional de las libertades de expresión e información. Por lo que, argumentada la posibilidad de tutela constitucional preventiva, se debe insistir en que se hace necesaria una actuación objetiva y responsable de jueces constitucionales independientes y conocedores de dogmática y hermenéutica constitucional. La protección plena de los derechos fundamentales no puede estar en manos de jueces débiles, parcializados e ignorantes.

Lo que aquí se ha propuesto no debe ser interpretado como una amenaza a las libertades de expresión e información. Muy por el contrario, va en la línea de su consolidación plena, pero precisamente de su contenido constitucional y no de sus reprochables extralimitaciones. Y no debe ser interpretado como una amenaza porque en buena cuenta lo que se propone es no cerrar siempre o rechazar de plano la posibilidad de una tutela constitucional preventiva de los derechos al honor y a la intimidad, sino que se debe dejar abierta esta posibilidad sólo para los casos en los que la manifiesta amenaza de estos derechos fundamentales sea –como lo exige el Código Procesal Constitucional– cierta y de inminente realización.

Por lo que aquí se lleva dicho sobre el entendimiento de la proscripción de la censura previa, se ha de estar de acuerdo con el Tribunal Constitucional cuando ha manifestado que “[p]ese a la restricción normativa de la Convención Americana y de la propia Constitución, un estudio sistemático de ambas, cuyo fin sea la búsqueda de un sentido de unidad y coherencia interna, permite aseverar que mientras estén en juego bienes jurídicos tutelados por las normas constitucionales, es imprescindible, en un Estado Democrático de Derecho, *que los*

²¹ En el Código Procesal Constitucional se ha dispuesto que “[l]os procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización” (artículo 2).



*jueces puedan analizar con un criterio de conciencia jurídicamente amplio la posibilidad de control de un discurso que resulte perjudicial para la sociedad, en un caso concreto*²².

3. Acudir a la norma internacional

Para el caso peruano, si se intenta delimitar el contenido constitucional de un derecho fundamental, acudir a la Constitución significará también tomar en cuenta la Cuarta Disposición final y transitoria de la norma constitucional, en la que se ha establecido que “[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (interpretación supra nacional). Esta cláusula interpretativa ha sido definida por el Tribunal Constitucional como la exigencia de tomar en consideración lo que un tratado sobre derechos humanos vinculante para el Perú ha dispuesto acerca del derecho fundamental cuyo contenido se intenta determinar; y tomar en consideración también lo que tribunales internacionales con competencia sobre el Estado peruano han interpretado acerca de la referida norma internacional²³.

Esta cláusula interpretativa nos coloca inmediatamente sobre una cuestión nada sencilla de resolver. Me refiero a la ya comentada censura previa como figura que impide incluso la tutela constitucional preventiva de los derechos al honor y a la intimidad. Los dos instrumentos internacionales más importantes que han recogido las libertades de expresión e información, la Declaración universal sobre derechos humanos²⁴, y el Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos²⁵, no han establecido nada acerca de la censura previa. Es un instrumento regional, la Convención americana de derechos humanos, en el que se ha reconocido las libertades de expresión e información como si impidiesen toda actuación preventiva de salvación de un derecho fundamental. Así, se ha dispuesto en la Carta

²² EXP. N.º 2262–2004–HC/TC, de 17 de octubre de 2005, f. j. 18.

²³ Entre otras, y por citar algunas recientes, las sentencias al EXP. 2798–2004–HC/TC, de 9 de diciembre de 2004, f. j. 8; y al EXP. 5854–2005–PA/TC, de 8 de noviembre de 2005, f. j. 23.

²⁴ Se ha dispuesto en la Declaración universal de Derechos que “[t]odo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión” (artículo 19).

²⁵ En este pacto internacional se ha establecido que “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (artículo 19).

americana que el ejercicio de la libertad de expresión²⁶ “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores” (artículo 10.2 de la Convención americana)²⁷.

En la Opinión consultiva 5/85 de 13 de noviembre de 1985, manifestó la Corte interamericana de Derechos humanos que el artículo 13 de la Convención americana proscribe cualquier tipo de actuación previa respecto de las libertades de expresión e información, criterio que ha sido adoptado igualmente por el Tribunal Constitucional peruano al manifestar que “[s]obre la base de las normas del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha expresado, en el párrafo 38 de la Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas, que la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4, referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. *En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención*”²⁸.

De lo que se lleva dicho se podría concluir que debido a que se ha de interpretar el artículo 2.4 y 2.7 a la luz –también– de la Convención americana de Derechos humanos, se ha de asumir que se vulneraría el contenido constitucional de las libertades de expresión e información cuando se intentase una tutela constitucional preventiva de derechos como el honor o la intimidad; o dicho de otra forma, se ha de asumir que no se vulnera derecho fundamental alguno cuando se niega la posibilidad de impedir la transmisión de un mensaje comunicativo sobre el cual existe la certeza de que su contenido vulnerará el derecho al honor y/o el derecho a la intimidad.

Sin embargo, esta conclusión se enfrenta a importantes dificultades. En primer lugar, el artículo 13.2 de la Convención americana permite ser interpretado de manera que sea admisible una actuación preventiva para la defensa de derechos como el honor y la intimidad. No sólo porque lo permite un entendimiento estricto de la “previa censura” expresamente recogida en el dispositivo mencionado antes, por el cual la proscripción de censurar previamente la emisión de una información está pensado para el aparato

²⁶ Debe hacerse reparar en el hecho de que la Convención americana sobre Derechos humanos sólo hace mención expresa a la libertad de expresión, dentro de la cual se incluye la facultad de “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Es decir, con un solo término se incluiría lo que el Tribunal Constitucional ha pretendido diferenciar como libertad de expresión y libertad de información.

²⁷ En los demás instrumentos regionales tampoco está presente una disposición de esta naturaleza. Así, por ejemplo, en la Convención europea de Derechos humanos se ha dispuesto que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial” (artículo 10).

²⁸ EXP. 2262–2004–HC/TC, citado, f. j. 14. La cursiva de la letra es añadida.



gubernativo o ejecutivo, pero en ningún caso para el juez constitucional; sino además porque así lo exige la necesidad de interpretar de modo coherente y sistemático las distintas disposiciones que conforman la Convención americana, pues, no parece tener sentido reconocer los derechos al honor y a la intimidad²⁹, e incluso reconocer que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques” (artículo 11.3 Convención americana) del honor y la intimidad, y a la vez reconocer que cuando esos ataques provengan de la principal fuente de agresiones, los medios de comunicación, el particular deba resignarse a constatar la vulneración de su honor e intimidad.

En segundo lugar, si se tiene en consideración la finalidad de la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana, se podrá reparar en el hecho de que no es posible interpretar el artículo 13.2 de la Convención de manera que impidiese la plena vigencia de derechos como el honor o la intimidad. En efecto, la mencionada Cuarta disposición final y transitoria se recoge en el texto constitucional como una garantía (garantía constitucional), fundada en que en el ámbito internacional existe una mayor vocación de garantía y protección de los derechos humanos de la que pueda existir al interior de un Estado. Consciente de esta realidad, el Constituyente peruano ha decidido que los tribunales internos vinculen la interpretación de las disposiciones iusfundamentales a la norma internacional y a los criterios interpretativos internacionales, sabedor de que de esta manera se favorecía una plena vigencia de los derechos fundamentales. Pues bien, si esta es la finalidad de la referida Cuarta disposición final y transitoria, entonces, no puede ser empleada para permitir (obligando a la inacción) que amenazas ciertas e inminentes de violaciones de derechos fundamentales se conviertan en vulneraciones irreparables de derechos fundamentales como el honor o la intimidad.

En tercer lugar, el principio *pro homine* o *pro libertatis* que debe ser considerado no sólo como un principio de derecho interno, sino también como un principio de *ius cogens*, impide interpretar el referido artículo 13.2 de la Convención americana de manera que se permitan vulneraciones irreparables de derechos fundamentales. En este contexto sirve recordar que según los referidos principios “ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva, e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, se opte por aquella que posibilite a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho”³⁰.

Por lo demás, en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos humanos parece estar verificando una decantación por el criterio de interpretación que aquí se propone. En el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, sentencia del 5 de febrero de 2001, la Corte manifestó una interpretación de censura previa de modo que

²⁹ Se ha dispuesto en el artículo 11 de la Convención americana que “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

³⁰ EXP. 0726–2002–HC/TC, de 21 de junio de 2002, f. j. 6.

impedía cualquier actuación preventiva, incluso la constitucional garantizadora de derechos fundamentales. Dijo la mencionada Corte que “[e]s importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. *En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión*”³¹.

Sin embargo, más recientemente la Corte ha relajado la significación de la censura previa, de manera que se pueda concluir la posibilidad de una actuación preventiva constitucional de derechos como el honor o la intimidad al manifestar en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia del 22 de noviembre de 2005, que “[l]lama la atención de la Corte que, a pesar de que en el peritaje solicitado por el Fiscal Naval (*supra* párr. 63.23) los expertos concluyeron que el libro escrito por el señor Palamara Iribarne ‘no vulnera[ba] la reserva y la seguridad de la Armada de Chile’, no se ordenara la devolución de los ejemplares y del material relativo al referido libro. Por el contrario, el fiscal solicitó una ampliación del peritaje para verificar si el libro ‘cont[enía] información relevante desde el punto de vista institucional naval y/o información obtenible solo en fuentes cerradas, y si afecta[ba] los intereses institucionales’. En dicha ampliación los mismos peritos indicaron, *inter alia*, que la información que contiene el libro ‘puede obtenerse de fuentes abiertas y que queda[ba] implícito que [la] formación [del señor Palamara Iribarne] como especialista en inteligencia [...] es lo que lo capacita[ba a] escribir sobre el tema’ ”³². En este punto, la Corte concluyó que “en las circunstancias del presente caso, las medidas de control adoptadas por el Estado para impedir la difusión del libro ‘Ética y Servicios de Inteligencia’ del señor Palamara Iribarne constituyeron actos de censura previa no compatibles con los parámetros dispuestos en la Convención, *dado que no existía ningún elemento* que, a la luz de dicho tratado, permitiera que se afectara el referido derecho a difundir abiertamente su obra, protegido en el artículo 13 de la Convención”³³.

No es una manifestación expresa e indubitable acerca de la procedencia de la tutela constitucional previa, pero sin duda que significa un cambio apreciable en la concepción de lo que se ha de entender por censura previa. Se ha pasado de afirmar que fuera del caso del 13.4 de la Convención cualquier medida preventiva significaba violación de la prohibición de censura previa, a destacar que el libro cuya comercialización había sido prohibida, *no vulneraba la reserva y la seguridad de la Armada de Chile*, o que *contenía información que podía obtenerse de fuentes abiertas*, o, en fin, que considerase “lógico que la formación y experiencia profesional y militar del señor Palamara Iribarne lo ayudaran a escribir el libro, sin que esto signifique *per se* un abuso al ejercicio de su libertad de pensamiento y de expresión”³⁴, lo que dejaría abierta la posibilidad de que si hubiese vulnerado la reserva y

³¹ Párrafo 70. La cursiva de la letra es añadida.

³² Párrafo 75.

³³ Párrafo 78. La cursiva de la letra es añadida.

³⁴ Párrafo 76.



seguridad militar o contuviese informaciones reservadas propias del deber de confidencialidad, se habría tenido que permitir la no difusión del libro.

Y es que, como también ha manifestado la Corte interamericana en el caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, “[e]l artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, por lo que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, *es legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección*”³⁵. Bien entendida este concepto, deberá reconocerse que es *legítimo* que el afectado en su derecho al honor (y a la intimidad) pueda recurrir a mecanismos de protección efectiva como es el reconocido constitucionalmente proceso de amparo que, como ya se dijo, procede frente a amenazas ciertas e inminentes de violación de un derecho fundamental.

IV. CRITERIOS EXTRA NORMATIVOS PARA LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

La delimitación del contenido constitucional de un derecho fundamental, como puede ser el de la libertad de expresión e información, no se agota con lo que sobre el derecho ha dispuesto la norma constitucional y la norma internacional sobre derechos humanos, sino que además se ha de acudir necesariamente al menos a los dos siguientes elementos extra normativos: al elemento teleológico y al elemento fáctico.

1. *El elemento teleológico: El bien humano que subyace a las libertades de expresión e información*

El primer elemento extra normativo a tomar en consideración para la delimitación del contenido constitucional de un derecho fundamental es la finalidad por la que es reconocido y garantizado el derecho (interpretación teleológica). Sin duda que preguntarse por la finalidad de las cosas define no sólo el conocimiento de esa cosa, sino también –para lo que interesa resaltar aquí– el debido empleo de esa cosa. Si no se conoce para que sirve algo, cualquier empleo debido de ese algo será pura consecuencia del azar. Por ejemplo, si no se conoce para que sirve una silla, alguien podrá tirarla al suelo y empezar a patearla y gritar gol. Esto que se puede afirmar de las cosas en general, debe afirmarse de los derechos en particular. Sólo tomando en consideración la finalidad por la que un derecho existe (y ha sido reconocido y garantizado en la norma fundamental), se podrá invocar correctamente como sustento de una pretensión concreta.

Cuando se trata de preguntarse por la finalidad de un derecho fundamental hay que aludir necesariamente al bien humano que se encuentra detrás de cada derecho. Como se tuvo oportunidad de explicar anteriormente, detrás de cada derecho humano existe un bien humano cuyo logro aparece como una finalidad, y en la medida que los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados, se puede afirmar que cada derecho fundamental (su contenido esencial) viene definido según la consecución de un

³⁵ Párrafo 101. La cursiva de la letra es añadida.

determinado bien humano. ¿Cuál podrá ser el bien humano que se intenta lograr a través del reconocimiento y garantía de las libertades de expresión e información? La respuesta a esta pregunta debe empezar advirtiendo que la persona humana experimenta la necesidad de compartir y comunicar su individualidad en su coexistencia con otro (otros). En este compartir y comunicar, en este abrirse a los demás, el hombre encuentra un modo de perfeccionamiento. Al advertir esta exigencia, se ha de reconocer como un bien humano la existencia de un ámbito de libertad en el cual la persona transmite sus pensamientos, ideas, sentimientos, su experiencia de vida. Si se desconoce este espacio de libertad, se está truncando el perfeccionamiento y desarrollo del hombre.

Se ha de reconocer también que la persona humana no existe aisladamente, sino que existe en grupos humanos que están organizados políticamente. En toda comunidad humana existen asuntos que incumben a todos y que por tanto, interesan a todos. Si bien la gerencia de estos asuntos son encargados directamente al Poder público (en sus tres ámbitos de actuación: Ejecutivo, Judicial y Legislativo), no significa que los ciudadanos (la población como titular último del poder) no tenga la posibilidad de participar en los asuntos públicos. De hecho, no sólo tienen la posibilidad sino también el derecho de *participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación* (artículo 2.17 CP). Pues bien, la persona humana –como ciudadana de una comunidad política– requiere recibir (y por tanto, difundir) una serie de mensajes (datos y juicios de valor) que le permitan conocer de la *vida política económica, social y cultural*, de modo que le ponga en condiciones de poder participar en ella³⁶, y en particular que le ponga al tanto de la manera como el poder político está siendo ejercitado en su labor de gestionar los asuntos públicos³⁷. Una y otra cosa forman parte de lo que se conoce como “opinión pública”, por lo que se puede reconocer como bien humano la existencia de un ámbito de libertad que permita la creación y difusión de mensajes comunicativos que favorezca la existencia de una opinión pública (libre).

Por tanto, el bien humano que se encuentra detrás del reconocimiento y garantía de las libertades de expresión e información tiene una dimensión personal o individual, y otra pública o colectiva. La primera es un espacio libre de comunicación personal, y la segunda un espacio libre de comunicación pública. Consecuencia necesaria de advertir esta dimensión pública o colectiva del bien humano que subyace a las libertades de expresión e

³⁶ En palabras del Tribunal Constitucional español, “la comunicación informativa a que se refiere el apartado d) del art. 20.1 de la Constitución versa sobre hechos (...) y sobre hechos, específicamente, «que pueden encerrar trascendencia pública» a efectos de que «sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva», de tal forma que de la libertad de información -y del correlativo derecho a recibirla- «es sujeto primario la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho)”. STC 126/2003, de 30 de junio, f. j. 3.

³⁷ La Corte interamericana de Derechos humanos ha manifestado en relación a los asuntos públicos que respecto de ellos “la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado”. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafo 98. Igualmente ha manifestado esta Corte internacional que “[e]l control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público”. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 127.



información, es que no puede formar parte del contenido constitucionalmente protegido de las libertades de expresión e información hechos sin relevancia pública alguna. Dicho con otras palabras, no puede llegar a tener cobertura constitucional aquellos mensajes comunicativos basados en hechos concernientes a la intimidad o vida privada de las personas. Así, por ejemplo, si bien tiene relevancia pública conocer la existencia o no de prostitución clandestina, no interesa –y, por tanto, cae fuera del contenido constitucional– mostrar el cuerpo desnudo o el rostro de una concreta mujer teniendo relaciones sexuales en la habitación de un hotel. Haberse preguntado por la finalidad de este derecho, habría conducido a emitir un mensaje comunicativo (auditivo y/o visual) con un contenido distinto.

2. *El elemento fáctico: las concretas circunstancias que definen el caso*

A) El elemento fáctico define el alcance de los límites (inmanentes) de las libertades de expresión e información

El segundo elemento extra normativo al que habrá que acudir para delimitar el contenido constitucional de un derecho fundamental es el elemento fáctico, es decir, las concretas circunstancias del caso en el que se presenta una cuestión ius fundamental (interpretación de armonización práctica). Como se ha dicho líneas arriba, la determinación del contenido constitucional de un derecho fundamental, si bien puede contar con algunos criterios formulados de manera general (como se intenta en el presente trabajo), no es sino en las circunstancias del caso concreto en el que queda plenamente definido. Recuérdese que cuando se trata de resolver una cuestión que atañe a derechos fundamentales, de lo que se trata es de establecer cuál pretensión de las invocadas, debe tener cobertura constitucional por caer dentro del contenido constitucional del derecho fundamental³⁸.

Son las circunstancias las que definen los alcances concretos del contenido constitucional de un derecho fundamental, lo que equivale a decir que las circunstancias definen los contornos o límites internos del derecho. De lo que se lleva dicho hasta ahora se puede afirmar que los límites (inmanentes o internos) de las libertades de expresión e información son los siguientes: la veracidad del mensaje (predicada de su elemento objetivo), el carácter no injurioso del mensaje (referido de su elemento valorativo o subjetivo), y la relevancia pública del mensaje comunicativo. Pues bien, un mensaje es veraz, no es injurioso y tiene relevancia pública no en general o en abstracto, sino siempre en función de las circunstancias del caso concreto. Y en la definición de la veracidad, de la ausencia de injuria y de la relevancia pública (es decir, en la definición del contenido o alcance constitucional de un derecho fundamental) juega un papel de primer orden la técnica ponderativa, sobre la cual ya se ha hecho referencia anteriormente³⁹.

³⁸ No se olvide que no es lo mismo definir si una concreta pretensión forma o no parte del contenido de un derecho fundamental, que definir todas las posibles pretensiones que pueden concluirse del contenido del referido derecho fundamental.

³⁹ Por ejemplo, sobre el juicio ponderativo necesario para definir en las circunstancias del caso concreto si el mensaje comunicativo no es injurioso o insultante, ha manifestado el Tribunal Constitucional español que “[e]l juicio de ponderación en los supuestos de frontera planteables entre el legítimo derecho a la crítica amparado por la libertad de expresión y la ilegítima utilización de términos tales que, al resultar insultantes o incluso injuriosos o calumniosos, excluyen las expresiones en que se contienen de la tutela constitucional, nos aboca

Así, las concretas circunstancias definirán si el informador ha creado el mensaje comunicativo ajustándose a las exigencias propias de una actuación diligente en la búsqueda de la verdad de los hechos que transmite. De igual forma, las circunstancias definirán si un concreto juicio de valor o una concreta crítica puede ser considerada como ofensiva o insultante. Y por fin, las circunstancias definirán también cuando nos encontramos frente a un mensaje comunicativo con relevancia o interés público, dependiendo fundamentalmente –y como se argumentará a continuación– del tema respecto del cual versee el mensaje (los hechos y los juicios de valor).

B) En particular sobre la relevancia pública del mensaje comunicativo

a. Criterios para definir la relevancia pública

Especial atención merece la determinación de la relevancia pública de un concreto mensaje, “en razón de que la sociedad tiene el atributo jurídico de acceder al conocimiento de los hechos de relevancia pública”⁴⁰, por lo que convendrá formular algunos criterios generales que ayuden a definir cuando un mensaje comunicativo tiene relevancia pública. En primer lugar, lo que define la relevancia pública en un mensaje no es tanto el sujeto respecto del cual se formula el mensaje, como las materias sobre las que versa⁴¹. Piénsese por ejemplo en que un personaje público o un personaje con notoriedad pública tienen también un ámbito de intimidad que ha de ser respetado, por lo que incluso mensajes comunicativos formulados con base en hechos referidos de estos personajes no siempre tendrán protección constitucional⁴².

Sólo tendrá cobertura constitucional por estar referida del contenido constitucional del derecho de libertad de expresión e información aquellos mensajes comunicativos relacionados con el desempeño del cargo público o de la actividad pública por la que el personaje es conocido⁴³. De modo que un mensaje comunicativo que pueda versar sobre

de lleno al tema de la calificación de las opiniones vertidas por el actor atendidas las circunstancias del caso. A este Tribunal, estando en disputa el alcance de la libertad de expresión, le corresponde examinar si la valoración judicial de ese derecho ha sido realizada de acuerdo con el contenido que constitucionalmente le corresponde”. STC 241/1999, citada, f. j. 5.

⁴⁰ EXP. N.º 0959–2004–HD/TC, de 19 de noviembre de 2004, f. j. 8.

⁴¹ En este mismo sentido se ha manifestado la Corte interamericana de Derechos humanos, para la cual “el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada”. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, citado, párrafo 129.

⁴² Para el Tribunal Constitucional peruano, “existen diversos tipos de personas con proyección pública, cada una de las cuales cuenta con un nivel de protección disímil. Según el grado de influencia en la sociedad, se pueden proponer tres grupos de acuerdo con el propósito de su actuación: *Personas cuya presencia social es gravitante*: Determinan la trayectoria de una sociedad, participando en la vida política, económica y social del país. Ellas son las que tienen mayor exposición al escrutinio público, por cuanto solicitan el voto popular. *Personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad*: Su actividad implica la presencia de multitudes y su vida es constantemente motivo de curiosidad por parte de los particulares, aunque tampoco se puede negar que ellos mismos buscan publicitar sus labores, porque viven de la fama. *Personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad*: Sus actividades repercuten en la sociedad, pero no la promueven, como puede ser el caso de los funcionarios públicos”. EXP. 6712–2005–HC/TC, citado, f. j. 54.

⁴³ En este sentido, es bastante gráfico lo mencionado por el Tribunal Constitucional español: “cuando lo divulgado o la crítica vertida vengán acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a



asuntos de relevancia pública no tendrá cobertura constitucional si está conformado por hechos o juicios de valor no relacionados con ese interés o relevancia pública. De igual forma, no todo mensaje comunicativo referido de un particular sin relevancia pública alguna, puede ser considerado como carente de interés público, debido a que puede ocurrir que circunstancialmente un particular se vea inmerso en una situación que tiene relevancia pública.

En segundo lugar, para definir si una materia tiene o no relevancia pública hay que acudir a la finalidad de las libertades de expresión e información y, consecuentemente, al bien humano que subyace a este derecho fundamental. Como se recordará, la dimensión colectiva de ese bien humano estaba orientada a un ámbito de libertad de transmisión de mensajes comunicativos que conformase la opinión pública con el contenido que oportunamente fue indicado. Pues bien, si este es el *telos* de las libertades de expresión e información, deberá considerarse como asunto de interés o relevancia pública a todos aquellos respecto de los cuales se pueda concluir razonablemente que contribuyen a la formación de la opinión pública necesaria para poner al ciudadano en condiciones de participar en la *vida política, económica, social y cultural de la nación*, en particular, que le coloque en condición de conocer y fiscalizar el ejercicio del poder político.

En este contexto, acierta el Tribunal Constitucional cuando manifiesta los dos siguientes criterios jurisprudenciales. Primero que “se protege exclusivamente el discurso cuya importancia implica una real y efectiva participación de los ciudadanos en la vida colectiva”⁴⁴. Y el segundo que “[n]o debe confundirse interés del público con mera curiosidad. Es deleznable argumentar que cuando muchas personas quieran saber de algo, se está ante la existencia de un interés del público, si con tal conocimiento tan solo se persigue justificar un malsano fisgoneo”⁴⁵.

b. El juicio ponderativo

La existencia de una determinada relevancia pública en el mensaje que se transmite permite definir si ese concreto mensaje ha sido o no emitido en ejercicio regular del contenido constitucional de la libertad de expresión e información. Para esta determinación, hay que ponderar rigurosamente las circunstancias de manera que se defina la amplitud del campo de protección del mencionado derecho de libertad⁴⁶. De manera general puede afirmarse

cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el desempeño del cargo público, la actividad profesional por la que el individuo es conocido o la información que previamente ha difundido, ese personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera que podrá hacer valer su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas del art. 18 CE”. STC 134/1999, de 15 de julio, f. j. 7.

⁴⁴ EXP. 6712–2005–HC/TC, citado, f. j. 57.

⁴⁵ Idem, f. j. 58.

⁴⁶ Por eso acierta el Tribunal Constitucional español cuando ha manifestado que “cuando del ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información reconocidos en el art. 20.1 de la CE resulten afectados otros derechos el órgano jurisdiccional está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información, de suerte que si tal ponderación falta o resulta manifiestamente carente de fundamento, se ha de entender vulnerado el citado precepto constitucional (SSTC 104/1986, 107/1988 y 51/1989, entre otras)”. STC 204/1997, de 25 de noviembre, f. j. 2.

que la presencia de un mensaje con relevancia pública ensancha el contenido de la libertad de expresión e información, mientras que su ausencia comprime el contenido.

A esto se refiere la Corte interamericana de Derechos humanos al establecer en el caso Palamara Iribarne vs. Chile antes citada, que “[e]n materia de restricciones a la libertad de expresión a través del establecimiento de responsabilidades ulteriores el Tribunal ha establecido, en casos anteriores, que es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública gocen, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de *una mayor protección* que permita un margen de apertura para un debate amplio, esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático”⁴⁷. Por lo que, en referencia al control de la población sobre la actividad de los funcionarios públicos, “se debe tener *una mayor tolerancia y apertura* a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático”⁴⁸.

Y es que, como ha dicho la Corte interamericana en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004, “[a]quellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, *se ven expuestos a un mayor riesgo* de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”⁴⁹. Aunque inmediatamente habrá que reconocer con este mismo Tribunal internacional –caso Ricardo Canese vs. Paraguay, ya citado– que lo dicho anteriormente “no significan, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. Asimismo, la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático”⁵⁰. Esto es así debido a que “[e]l artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, por lo que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado”⁵¹.

V. ADIÓS A LA POSICIÓN PREFERENTE DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Quienes admiten la existencia de conflictos entre derechos fundamentales, acuden a la jerarquía de derechos para resolverlos. La jerarquía general o abstracta, hoy en día prácticamente insostenible, formula que es posible establecer de manera general e invariable una lista de derechos ordenados de mayor a menor valor o importancia, de manera que los conflictos entre ellos se resolvería simplemente acudiendo a esa lista e identificando al derecho que tuviese un mayor valor para hacerlo prevalecer sobre el otro derecho en pugna. Mientras que la jerarquía concreta o *ad casum* parte de negar la posibilidad de establecer

⁴⁷ Párrafo 82. La cursiva de la letra es añadida.

⁴⁸ Párrafo 83. La cursiva de la letra es añadida.

⁴⁹ Párrafo 129. La cursiva de la letra es añadida.

⁵⁰ Párrafo 100.

⁵¹ Párrafo 101.



jerarquías generales e invariables de derechos fundamentales, sino que postula la necesidad de tomar en consideración las concretas circunstancias de un caso para determinar cual derecho debía pesar más en esas concretas circunstancias (ponderación de derechos).

Ya en otro lado he criticado la visión conflictivista de los derechos fundamentales, así como los mecanismos de solución por ella propuestos, y he argumentado una visión armonizadora de todos los derechos fundamentales, sustentada en la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentaes. Aquí simplemente he de llamar la atención – una vez más– que hablar (en general o en concreto) de derechos fundamentales *preferentes* supone reconocer la existencia (general o concreta) de derechos fundamentales *inferiores* o *relegados* que podrán ser sacrificados en su contenido constitucional *claudicante*⁵². Y admitir esto, ya no sólo quiebra una serie de principios constitucionales (el principio de unidad y normatividad constitucional, al menos), sino que además llevaría a admitir que existen (en general o en concreto) personas de primera titulares de los derechos preferidos, y personas de segunda titulares de los derechos relegados, rompiéndose así el fundamental valor de *ser digno* que tiene por igual toda persona humana por ser un fin en sí misma. Las graves consecuencias (normativas y morales) que se desprenden de admitir derechos preferentes, debe llevar a su expulsión de todo proceso argumentativo iusfundamental.

La idea de “libertades preferidas” para predicarla de las libertades de expresión e información, no ha sido extraña en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Éste ha reconocido que las mencionadas libertades “en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas”⁵³. Negando la existencia de estados de libertad irrestrictos, ha reconocido el Supremo intérprete de la Constitución que “en un Estado democrático la libertad de expresión adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social”⁵⁴; de igual forma ha reconocido que “las libertades de información y expresión constituyen libertades preferidas en nuestro ordenamiento jurídico, pues su ejercicio es consustancial al régimen democrático. Ellas permiten la libre circulación de ideas y, por tanto, contribuyen a la formación de la opinión pública”⁵⁵. Esta condición de las libertades informativas, ha establecido el referido Alto Tribunal de la Constitución, “requiere 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*

⁵² El Tribunal Constitucional peruano ha hecho suyo el siguiente razonamiento referido del contenido constitucional de un derecho fundamental: “en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales”. EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, de 8 de julio de 2005, f. j. 20.

⁵³ EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, citado, f. j. 13.

⁵⁴ EXP. N.º 2465–2004–AA/TC, de 11 de octubre de 2004, f. j. 16.

⁵⁵ EXP. N.º 1048–2001–AA/TC, de 9 de octubre de 2002, f. j. 1.

*optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales*⁵⁶.

Afortunadamente, una más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha sentado las bases para decir adiós definitivamente a cualquier postura o criterio que intente hacer prevalecer derechos fundamentales. Así ha dicho el mencionado Alto Tribunal: “[s]i bien la relación existente entre los derechos a la vida privada y a la información es una de las más clásicas en el Derecho, en muchos casos se ha dado una respuesta poco idónea a la teoría de los derechos fundamentales. Así, se ha propuesto la primacía de la información en virtud de la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred freedoms* al sistema constitucional, postura doctrinal que propendería a una jerarquía entre los derechos fundamentales. (...) Pero no hay que olvidar que los derechos fundamentales (todos, sin excluir ninguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución. Por eso, lo que corresponde realizar es una determinación de los contenidos de cada uno de los derechos involucrados. Sólo así se llegará a la delimitación adecuada de sus contornos”⁵⁷.

Nada, pues, de posiciones preferidas o prevalentes entre derechos fundamentales. En su lugar, una adecuada dogmática y hermenéutica constitucional exige del conocimiento y puesta en práctica de una serie de herramientas que permitan definir en cada caso concreto las fronteras que delimitan el contenido constitucional de un derecho fundamental, a fin de establecer si se debe dar o negar protección constitucional a una concreta pretensión.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas se ha puesto de manifiesto cómo la determinación del contenido constitucional de un derecho fundamental exige la concurrencia de varios métodos de interpretación. Estos métodos son definidos por elementos o criterios que aquí han sido divididos en dos grupos: criterios normativos o extra normativos según provengan de la norma constitucional o no. En lo que respecta al primer grupo, hay que partir del concreto dispositivo constitucional que recoge el derecho cuyo contenido intenta ser determinado para concluir qué facultades de acción puede deparar el derecho a su titular (interpretación literal). Sin embargo, lo que se concluya de una interpretación literal del dispositivo que recoge el derecho constituirá una suerte de material originario que ha de ser perfilado acabadamente a través del resto de criterios hermenéuticos. Así, se deberá acudir a los demás dispositivos constitucionales relacionados con el derecho cuyo contenido se intenta delimitar, por así exigirlo el principio de unidad y sistematicidad de la Constitución (interpretación sistemática). De igual manera, se ha de acudir a lo que lo dispuesto en los textos internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el Perú y, consecuentemente, a lo que los tribunales internacionales hayan interpretado sobre estos textos constitucionales, en el convencimiento que en el ámbito internacional existe una

⁵⁶ EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, citado, f. j. 14. La cursiva de la letra es añadida.

⁵⁷ EXP. N.º 06712–2005–HC/TC, citado, f. j. 40.



mayor vocación de protección plena a la vigencia efectiva de los derechos humanos (interpretación supra nacional).

A estos elementos o criterios normativos hay que añadirles otros extra normativos. El primero de ellos es la finalidad del derecho cuyo contenido se intenta definir, sólo atendiendo al fin, se podrá concluir adecuadamente el contenido que conforma un derecho fundamental (interpretación teleológica). Y el segundo es las concretas circunstancias del caso dentro de las cuales se presenta una cuestión ius fundamental; son esas circunstancias las que definen finalmente el contenido constitucional del derecho fundamental, y las que a su vez permiten definir una vigencia conjunta y armonizadora de todos los derechos fundamentales (interpretación de armonización práctica) de forma que hace inviable la consideración de verdaderos conflictos de derechos fundamentales, porque está claro que si hay conflicto de derechos la solución no puede ser la vigencia conjunta de derechos debido a su contenido constitucional contradictorio u opuesto, sino la preferencia de uno y el desplazamiento del otro.

No deberá olvidarse que delimitar el contenido constitucional de un derecho fundamental significará que habrá que determinar en un caso concreto cual de las dos pretensiones presentadas en la litis cae dentro del contenido constitucional del derecho fundamental invocado como fundamento, porque no podrá ser posible que ambas pretensiones sean ejercicio regular del contenido constitucional de un derecho fundamental y a la vez sean pretensiones opuestas e irreconciliables entre sí, pues eso significaría que los contenidos constitucionales serían opuestos y contradictorios entre sí, lo que haría de la Constitución (al menos de la parte en la que recoge los derechos fundamentales) una norma inaplicable.

Todos estos criterios de hermenéutica constitucional han sido aplicados en este trabajo para establecer algunos criterios generales que ayudarán a definir en cada caso concreto el contenido constitucional del derecho fundamental a las libertades de expresión e información. En particular, varios de estos criterios se han formulado en referencia a derechos como el honor o la intimidad, porque respecto de estos derechos es que normalmente se presentan las controversias ius fundamentales. Sin embargo, estos mismos criterios podrán ser empleados en referencia a otros derechos fundamentales, y a otros bienes jurídico constitucionales, debido a que con carácter general se debe afirmar que no forma parte del contenido constitucional de ningún derecho fundamental la facultad de agredir (amenazar o vulnerar efectivamente) otro derecho fundamental o cualquier bien jurídico constitucional.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Algunas cuestiones que genera la vigencia conjunta de las libertades comunicativas y los derechos al honor y a la intimidad*. Revista Peruana de Jurisprudencia 40, junio 2004.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, segunda edición, Palestra 2005.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales*. Actualidad Jurídica (Gaceta Jurídica), Tomo 139, junio 2005.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Control judicial previo del discurso*. Palestra del Tribunal Constitucional, n° 4, Lima, abril 2006.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis (Coordinador), *Las libertades de expresión e información*, Universidad de Piura – PALESTRA, Lima 2006.

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.

EGUIGUREN, Francisco, *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal*. Palestra, Lima 2004.

KLÜBER, Friedrich. *Äusserungsfreiheit und Rassistische Propaganda Grundrechtskonflikte im Zugwind der Globalisierung*, Franz Steiner, Stuttgart, 2000.

SERNA, Pedro, *La dignidad de la persona como principio del Derecho Público*, en “Derechos y Libertades”, n° 4, Madrid 1995.

SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley, Buenos Aires, 2000.

TOLLER, Fernando. *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*. La Ley, Buenos Aires, 1999.

