



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# LECTURA CONSTITUCIONAL DE UN ASUNTO PENAL

Luis Castillo-Córdova

Lima, 2012

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

## LECTURA CONSTITUCIONAL DE UN ASUNTO PENAL

Luis Castillo Córdova\*

### I. INTRODUCCIÓN

Uno de los casos de mayor repercusión mediática y relevancia jurídica de los últimos años fue el procesamiento penal de Magaly Medina por haber publicado en la revista de la que era Directora, *Magaly Te Ve* y en la página *web* de ésta, así como por haber difundido en su programa televisivo una noticia referida a Paolo Guerrero, conocido jugador de fútbol de la selección peruana. Las tres instancias penales condenaron a la mencionada periodista al ser hallada autora del delito contra el Honor (delito de difamación a través de medios de comunicación social) en agravio del futbolista señalado. Este procesamiento y condena judicial no sólo es pasible de un análisis penal, sino también de uno constitucional como el que se desarrollará a lo largo de estas páginas. En un tal análisis se pondrá de manifiesto cómo la Constitución no sólo no está ausente de asuntos claramente encuadrados en una rama concreta del Derecho como es la penal, sino que además desde ella se formulan contenidos que o permiten configurar o, en todo caso, sirven de criterio de validez jurídica de la solución penal. Entender este fenómeno requiere necesariamente que se formulen dos elementos dogmáticos como base: la posición jurídica de la Persona humana y la significación del Estado constitucional de derecho, como a continuación se procede a formular.

### II. PERSONA, DERECHO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1. Sobre la Persona

Del modo de *ser* propiamente humano brota un *valor* propiamente humano. El primero es la esencia o naturaleza humana de la cual se desprende el segundo, que es la dignidad humana. El *ser* de la Persona puede ser caracterizado como una realidad compleja que tiende a la perfección. Que es compleja significa reconocer que la naturaleza humana es una unidad pluridimensional, de modo que sin perder su unidad se manifiesta en dimensiones distintas y complementarias entre sí. Que tiende a la perfección significa que es imperfecto y que aunque nunca conseguirá la perfección plena, su naturaleza tiende siempre a ella; tal imperfección se manifiesta en la existencia de necesidades humanas esenciales (en el sentido que brotan directa y fuertemente de la esencia de la Persona) en las distintas dimensiones de su ser. Tales necesidades y exigencias se verán satisfechas, y los grados de perfección alcanzados, en la medida que se adquieran o gocen de los correspondientes bienes humanos. Como se sabe, *bien* es aquello que perfecciona al ser<sup>1</sup>, bien humano será aquello que perfeccione al ser humano, de modo que bien humano será lo que satisfaga una necesidad o exigencia humana. La Persona alcanzará grados de perfeccionamiento humano cada vez mayores en la medida que adquiera o goce del mayor número de bienes humanos<sup>2</sup>.

---

\* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura.

<sup>1</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, 1094a–1103a.

<sup>2</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 38.



El *valor* de la Persona es la de un absoluto<sup>3</sup>, es decir, vale como una realidad cuyo valor brota de sí misma y no de nada diferente a ella<sup>4</sup>. Esto es pacífico en la doctrina nacional<sup>5</sup> y comparada<sup>6</sup>. También lo es en la jurisprudencia constitucional, como la peruana, en la que se tiene establecido que “el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto digna, ésta debe ser considerada como un fin en sí misma y no como un medio para un fin”<sup>7</sup>; de modo que se trastoca ese valor cuando –en palabras del Tribunal Constitucional alemán, “se le reduce a mero objeto del Estado”<sup>8</sup>. Este valor es el que hace a la dignidad humana, ya sea considerada como un derecho<sup>9</sup>, como un principio<sup>10</sup> o como un valor jurídico<sup>11</sup>.

Con base en el *ser* y *valor* de la Persona, lo debido a ella es la adquisición y goce del mayor número posible y en la mayor medida posible de los bienes humanos esenciales. Si la Persona tiende a la perfección y es un absoluto, entonces, lo debido a ella es promover la adquisición de grados de perfeccionamiento cada vez mayores, lo que logrará a través de la adquisición y goce de los bienes humanos esenciales (en cuanto brotan directa y fuertemente de su esencia). Consecuentemente, lo justo con ella es darle lo que le es debido; de modo que aquí ya hay Derecho, que se define como lo justo.

Esto significa que desde el *ser* y el *valor* de la Persona es posible concluir exigencias de justicia y la obligación (no sólo moral sino especialmente jurídica) de cumplir con esas exigencias. La Persona es fuente de juridicidad, pues cabe considerar normativa su naturaleza<sup>12</sup>. De ella brotan exigencias de justicia que al ser tales obligan, por lo que son ya jurídicas. Así, “el fenómeno jurídico no es explicable sin la persona, entendida en su sentido ontológico”<sup>13</sup>. Tales exigencias de justicia bien pueden ser llamadas naturales o humanas (porque brotan de la naturaleza humana). En la medida que estas exigencias tienen que ver con la adquisición y goce de bienes humanos (que satisfacen necesidades humanas para adquirir grados de perfeccionamiento humano), ellas pueden ser identificadas como derechos humanos o derechos naturales. Estos derechos pueden ser definidos como el

<sup>3</sup> KANT, Immanuel (1996): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2ª edición, Ariel Filosofía, Barcelona, p. 187.

<sup>4</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El valor jurídico de la persona humana”, en *Revista Galega de Cooperación científica iberoamericana*, número 11 – 2005, ps. 31–40.

<sup>5</sup> LANDA ARROYO, César, *Constitución y fuentes del Derecho*, Palestra, Lima 2006, ps. 22 y ss.

<sup>6</sup> BLECKMAN, Albert. *Staatsrecht II – Die grundrechte*, 4. Auflage, Karl Heymanns, Berlín, 1997, Rn 1, p. 539; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Sobre los valores fundamentales de los derechos humanos”, en MUGÜERZA, Javier, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 288.

<sup>7</sup> EXP. N.º 1776–2004–AA/TC, Fundamento 27.

<sup>8</sup> BVerfGE 50, 166 (175).

<sup>9</sup> Para el Tribunal Constitucional peruano, la dignidad humana “en tanto *derecho fundamental* se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma *praxis* intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos”. EXP. N.º 2273–2005–PHC/TC, Fundamento 1.

<sup>10</sup> Mientras que “en tanto *principio*, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares”. *Ibidem*.

<sup>11</sup> A decir del Tribunal Constitucional alemán, “el valor supremo del sistema de valores iusfundamentales”. BVerfGE 6, 32 (36).

<sup>12</sup> GONZÁLEZ, Ana Marta, *Naturaleza y dignidad. Un estudio desde Robert Spaemman*, EUNSA, Pamplona, 1996, p. 214.

<sup>13</sup> HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3ª edición, EUNSA, Pamplona 2000, p. 424.

conjunto de bienes humanos debidos a la persona humana por ser persona humana, y cuya adquisición le permite alcanzar su pleno desarrollo en la medida que con ello logra satisfacer necesidades y exigencias humanas<sup>14</sup>.

## 2. Sobre el Derecho positivo

La Persona, como se ha dicho, tiene la condición de fin; significa que el Derecho es un medio. El Derecho, positivado o no, es y se formula como un instrumento para la consecución del fin que es la plena realización de la Persona. Esta condición de medio es especialmente trascendente reconocerlo del Derecho positivado, para recordar que éste no crea lo justo o debido a la Persona, sino que le sucede. La formulación positiva del Derecho para ser jurídicamente válida y, por ello, para ser exigida como vinculante, debe ser legítima y justa. Será legítima si es que se formula de modo que permite alcanzar el fin. La legitimidad de todo medio, como se sabe, depende de su ajustamiento a las exigencias del fin. Y será justa en la medida que la formulación positiva se condiga con las exigencias de justicia humana o natural que le antecede. Una formulación positiva que no es reflejo o que contradice la satisfacción de *lo debido* a la Persona por ser lo que es y tener el valor de fin, será una formulación injusta<sup>15</sup>. En la medida que favorecer la consecución del fin es ajustarse a las exigencias de justicia personal o natural, la legitimidad va íntimamente unida a la justicia. De modo que si es ilegítimo será también injusto; y si es injusto no puede ser legítimo; el primero es una condición formal de validez jurídica, el segundo una material.

La legitimidad y justicia de un enunciado jurídico positivado dependerá, pues, de su ajustamiento a las exigencias de justicia humana, más precisamente, de su ajustamiento a los derechos humanos definidos como se hizo antes: el conjunto de bienes humanos debidos a la Persona. Consecuentemente, la interpretación y aplicación de tales enunciados jurídicos positivados serán legítimas y justas en la medida que se condigan con las exigencias de justicia natural que significan los derechos humanos. Estos se convierten en parámetro de validez jurídica (de legitimidad y de justicia) de la formulación positiva y de la aplicación concreta del derecho positivado, ya sea a nivel internacional<sup>16</sup> como a nivel nacional<sup>17</sup>. Es en

<sup>14</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La interpretación iusfundamental...”, ob. cit., p. 42.

<sup>15</sup> Es en este marco dogmático que se localiza la re-edición alexiana de la fórmula de Radbruch: “la extrema injusticia no es Derecho”. ALEXY, Robert, *Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel*; traducción de José Antonio Seoane, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, Vol. 5, 2001, p. 76.

<sup>16</sup> Es ilustrativo el valor que las más importantes declaraciones de derechos humanos reconocen a los derechos de la persona. Así, y por sólo citar a dos que atañen al sistema americano, se tiene mencionado en el primer considerando del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos del Hombre 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”. También en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo segundo considerando reconoce que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional”.

<sup>17</sup> También es sintomático las formulaciones positivas que sobre el papel de los derechos humanos se han recogido en las Constituciones nacionales. Así, en el artículo 1 de la Constitución alemana se ha dispuesto que “(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”. Y en el artículo 10.1 de la Constitución española, en la que se ha dispuesto que “1. La 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”.



referencia a este último que se reconoce que la actual modalidad de Estado de derecho es la de Estado constitucional de derecho, como a continuación se pasa a describir.

### III. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

#### 1. La Constitución del Estado constitucional de derecho

El Estado de derecho como categoría jurídica tiene en el sometimiento del poder a la razón que significa el Derecho<sup>18</sup>, y la consecuente eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal<sup>19</sup>, un elemento esencial. El poder (político o público) es uno de los elementos que configuran el Estado. El poder, entendido como la energía de la voluntad que se manifiesta en quienes asumen la empresa del gobierno<sup>20</sup>, se ha de conducir según los cauces que el Derecho le prescriba. Un poder público que desenvuelve de modo efectivo el ejercicio de sus distintas funciones según tales cauces, configura un verdadero Estado de derecho. Dependiendo de lo que se entienda por Derecho, habrá una u otra modalidad de Estado de derecho<sup>21</sup>. Si por Derecho se entiende a la Ley, y encuentra en ella su primera referencia normativa, y esta se define como el producto normativo aprobado por el órgano competente (el Parlamento) a través del procedimiento correspondiente (el legislativo), nos hallaremos ante el Estado legal de derecho<sup>22</sup>. Si, por el contrario, la primera referencia normativa se localiza en la Constitución y esta se define no sólo desde parámetros formales (norma jurídica suprema), sino también materiales (que constitucionaliza las exigencias de justicia humana), entonces, estaremos frente al Estado constitucional de derecho<sup>23</sup>. Así, en el Estado constitucional de derecho, el poder se somete al Derecho el cual se define a partir de la Constitución formal y materialmente definida.

El paso del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho exigió un nuevo entendimiento y caracterización de la Constitución. Esta dejó de ser una realidad meramente formal (norma que regulaba la producción de las demás normas tal y como lo quiso Kelsen), para pasar a ser una realidad también material. La Constitución del Estado constitucional es una norma que no se limita a distribuir el poder y a establecer el procedimiento para la producción de las leyes y de los reglamentos, sino que reconoce también un conjunto de principios y valores que le dan contenido material. El contenido material que trae la Constitución del Estado constitucional es un contenido normativo, es decir, vincula y obliga de modo efectivo a todos sus destinatarios que son los poderes públicos y los privados. La Constitución, como ocurría en el Estado legal de derecho, ya no vale en el marco de la Ley, sino que es la Ley la que vale en el marco de la Constitución. Y, adicionalmente, la Constitución que tiene un contenido material vinculante sigue presentándose como norma jerárquicamente superior<sup>24</sup>. Así, la Constitución del Estado constitucional es norma jurídica

<sup>18</sup> Se trata del “Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres”. BÖCKENFÖRDE, Ernst, *Estudio sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 19.

<sup>19</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2007, p. 21.

<sup>20</sup> HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 130.

<sup>21</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel, Estado legal y Estado constitucional de Derecho, en Revista del *Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente* – ILANUD, Números 23 y 24, ps. 7–20.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel (Coordinador), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid 2003, ps. 15–17.

<sup>23</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst, *Estudio sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Ob. cit. ps. 40–44.

<sup>24</sup> AGUILÓ, Josep, “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”, en *DOXA*, N.º 24, 2001, ps. 429 – 457.

suprema con contenido material vinculante (por lo que se le llama también Constitución re-materializada o Constitución abierta a la moral)<sup>25</sup>.

Este contenido material vinculante viene definido por las exigencias de justicia humana que son los derechos humanos. Toda Constitución del Estado constitucional de derecho necesariamente recoge las exigencias de justicia humana tal y como se definieron en el apartado anterior. Son exigencias que se formulan desde y para la Persona, por lo que se le llama derechos humanos. La positivización de estos derechos en la Constitución da lugar a los derechos fundamentales. Estos se definen, pues, como los derechos humanos constitucionalizados, o como la constitucionalización de las exigencias de justicia humana. Sólo será considerado constitucional aquello que por no contradecir exigencias de justicia humana, ha de ser tenido como justo. Por eso es que en un tal Estado de derecho es posible hablar no sólo de normas infraconstitucionales inconstitucionales, sino también –y es la novedad– de normas constitucionales inconstitucionales<sup>26</sup>; y no sólo podrá admitirse como posibles decisiones judiciales inconstitucionales, sino que también se asumirá como posible –y es la novedad– que las decisiones del Supremo intérprete de la Constitución (Tribunal Constitucional o Corte Suprema, según corresponda) puedan ser inconstitucionales<sup>27</sup>.

En este marco, el sometimiento del poder público a la Constitución tiene una significación negativa y otra positiva. La primera significa que el poder deberá actuar sin contradecir los contenidos constitucionales, especialmente los que significan los derechos fundamentales; la segunda significa que el poder deberá actuar promoviendo en la mayor medida de lo posible la plena vigencia de la Constitución, en particular, la referida a las exigencias de justicia que significan sus derechos fundamentales. El poder público es, pues, un medio cuya razón de ser se define necesariamente en función a la plena realización de la Persona a través de la plena vigencia de los derechos fundamentales en la realidad.

## 2. Constitucionalización del *ius puniendi*

Uno de los elementos principales del poder es la coacción. Es de la esencia del poder generar obediencia. No hay verdadero poder ahí donde no haya capacidad real y efectiva de generar obediencia<sup>28</sup>. Esta obediencia es esperable desde mandatos razonables y justos. Es posible que no todos estén dispuestos a obedecer incluso este tipo de mandatos. En estos supuestos, el poder público como componente del Estado necesita contar con la fuerza suficiente para persuadir u obligar al cumplimiento de sus mandatos. Es el Estado el que exclusivamente detenta este elemento de dominación<sup>29</sup>.

Como manifestación de este elemento aparece lo que normalmente se conoce con la expresión derecho penal subjetivo o *ius puniendi*<sup>30</sup> no para significar un derecho, sino una función, definida por una cuota de poder afectada al cumplimiento de un deber. Tal función

<sup>25</sup> CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005, ps. 10 y ss.

<sup>26</sup> BACHOFF Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra editores, Lima 2008, ps. 46 y ss.

<sup>27</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La necesidad de un recurso de reconsideración por manifiesta inconstitucionalidad de una sentencia del Tribunal Constitucional”, *Diálogo con la jurisprudencia* N.º 154, ps. 245–260.

<sup>28</sup> SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Los principios de teoría política*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1990, ps. 72 y ss.

<sup>29</sup> El elemento dominación “consiste en la capacidad material de hacer cumplir las decisiones de los gobernantes, es decir, de poder obligar aún por la fuerza, a los gobernados a obedecer esas decisiones”. NARANJO MEZA, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Temis, Bogotá 1997, p. 120.

<sup>30</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, IBDeF, Buenos Aires, 2009, p. 42.



consiste en imponer sanciones cuando acontecen incumplimientos de decisiones adoptadas por el mismo poder (en su función legislativa, ejecutiva, judicial incluso constituyente). Aquí conviene referir del ámbito sancionador penal<sup>31</sup>.

El poder público manifiesta su elemento de dominación a través de la sanción penal. Reserva estas sanciones para conductas que agreden (amenazan o vulneran de modo efectivo) bienes humanos esenciales (derechos fundamentales como la vida, la integridad, la libertad personal, el patrimonio, etc); o bienes que sin ser esenciales (el orden económico y financiero, patrimonio cultural, etc), por ser especialmente valorados resultan importantes defenderlos para favorecer la convivencia en una comunidad concreta. La protección de unos y otros intentan conseguir un ámbito de existencia de la persona que favorezca en la mayor medida su realización plena. Por eso, tales sanciones encuentran su justificación no en el castigo por el castigo, sino en lo que éste puede significar para la consecución de un orden, seguridad, tranquilidad, justicia y paz social, que permita a la persona lograr cotos de realización cada vez mayores. El logro de una tal situación de cosas es un bien para todos, de ahí que puede ser llamado bien (humano) común.

Así, los incumplimientos sancionados y las sanciones mismas que puedan preverse en las disposiciones penales sólo serán legítimas en la medida que sea posible aceptar razonablemente que con ellas se favorece la realización de la Persona a través de la realización del bien común protegiendo y promocionando bienes (humanos) concretos. Una conducta sancionada y su sanción serán ilegítimas si no hacen descansar su justificación en la Persona como fin. Por eso es que, la interpretación y aplicación de la disposición penal necesariamente necesita de principios que se formulan en torno a la Persona como fin, o dicho de otro modo, que se formulan en torno a las exigencias de justicia (humana) constitucionalizadas, ya sean materiales<sup>32</sup> o procedimentales<sup>33</sup>.

Esta es la base que le da corrección a la siguiente afirmación: toda actuación del *ius puniendi* estatal es valorable desde parámetros constitucionales, porque tal actuación debe perseguir la plena realización de la Persona. Se trata de una manifestación clara del efecto irradiador de la Persona y los bienes humanos (subjetivos y objetivos) debidos a ella y recogidos expresa o implícitamente en la Constitución, y que permite la constitucionalización del entero ordenamiento jurídico<sup>34</sup>. Una tal irradiación y constitucionalización debe buscarse en la consideración de la Constitución como marco a la vez que orden fundamental<sup>35</sup>.

Son variados los efectos de una irradiación y consecuente constitucionalización del ordenamiento jurídico. Aquí sólo se hará referencia a uno de ellos por interesar al análisis de la sentencia referida en la introducción: existen problemas jurídicos que planteándose en un determinado ámbito jurídico tienen necesaria respuesta desde la norma constitucional. Es el caso de las prescripciones en materia penal destinadas a proteger derechos fundamentales (bienes humanos esenciales). La regla es sencilla: no puede ser pasible de sanción penal una conducta que se condiga con las exigencias de justicia constitucionalizadas o, dicho de otro modo, no puede ser objeto de sanción una conducta

<sup>31</sup> CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 5.

<sup>32</sup> Principios como el de vigencia de los derechos fundamentales; el principio de humanidad de las penas; el principio resocializador; principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; y el principio de proporcionalidad.

<sup>33</sup> Principios como el de subsidiaridad; el principio de fragmentariedad; el principio de legalidad (en sus componentes de *lex scripta*, *lex certa*, *lex praevia* y *lex stricta*), y el principio de culpabilidad.

<sup>34</sup> GUASTINI, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano", en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Trotta, Madrid 2009, ps. 49 y ss.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. "Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", *VVDStRL* 61, 2002, ps. 14 y ss.

que se desenvuelve según el contenido esencial de los derechos fundamentales. Obviamente, esto no significa necesariamente que una conducta no protegida constitucionalmente deba tener sanción penal. Y es que en un Estado constitucional de derecho, lo permitido por la Constitución no puede ser reprimido por el *ius puniendi*<sup>36</sup>.

Este es el caso del delito de difamación resuelto por la sentencia penal que condena a Magaly Medina. Si se parte del hecho que la noticia que se transmite no afecta a la intimidad de Paolo Guerrero en la medida que había *interés público* en conocer acerca de las salidas de un seleccionado de fútbol cuando el equipo se encontraba concentrado preparando un partido oficial, entonces, para establecer si la emisión de la noticia cumple o no con el tipo penal previsto en el artículo 132 del Código Penal, necesariamente hay que remitirse al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de información y del derecho al honor. Si se concluyese que la acción de la periodista cae dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la información, entonces, significará que no se ha vulnerado el derecho al honor, consecuentemente, la divulgación de la noticia tendrá protección constitucional y no podrá ser penalmente sancionada. Esto exige conocer acerca del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la información en particular referencia al derecho al honor, como a continuación se pasa a estudiar.

#### IV. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO AL HONOR

##### 1. Marco general iusfundamental

Si los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados, y los derechos humanos son los bienes humanos debidos a la persona como exigencia de justicia humana; así como si la persona es en su esencia y naturaleza una radical unidad<sup>37</sup>, y la Constitución –que recoge las enunciaciones positivas de los derechos humanos– debe ser interpretada como si de una unidad se tratase desterrando las interpretaciones contradictorias de las distintas disposiciones constitucionales<sup>38</sup>; entonces, no puede ser posible que existan derechos fundamentales con contenido esencial o constitucional contradictorios entre sí, o dicho de otro modo, no puede formar parte del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental una atribución o facultad proscrita por el contenido constitucional de otro derecho fundamental<sup>39</sup>.

En efecto, algo no puede conformar un bien humano si posterga la consecución de un determinado grado de perfeccionamiento por impedir la satisfacción o superación de una necesidad o carencia humana. Así, la acción de emitir una información no es un verdadero bien para la persona si a la vez agrede el honor o la intimidad de otra persona. Tal acción en

<sup>36</sup> Así, por ejemplo, si la emisión de una palabra, la realización de un gesto o la realización de una vía de hecho tienen cobertura constitucional, no pueden considerarse *ni offensivas ni ultrajantes* a efectos de dar por cumplido el tipo penal de injurias recogido en el artículo 130 del Código Penal. De igual forma, no puede configurar delito de secuestro según el artículo 152 del Código Penal una *privación o restricción de la libertad personal* que venga permitida desde la Constitución. En ambos casos, una acción que forme parte del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental (como el honor o la libertad personal) no puede tener sanción penal. Lo contrario significaría una decisión inconstitucional.

<sup>37</sup> SERNA BERMÚDEZ, Pedro, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información”, en *Humana lura* 4, Pamplona, 1994, p. 230.

<sup>38</sup> HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auf., C. F. Müller, Heidelberg, 1995, S. 27, Rn 71.

<sup>39</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 12, enero–junio 2005, ps. 99 y ss.



el mejor de los casos podrá ser un pseudo bien y en el peor de los casos un anti bien, porque la persona humana no es solo dimensión personal sino también dimensión social, y se agrade ésta última cuando se ataca la sociabilidad humana al vulnerarse los derechos fundamentales de los demás.

Consecuencia necesaria de lo afirmado es que cuando se tenga que afrontar una cuestión relacionada con el ejercicio de un derecho fundamental en referencia a otro derecho fundamental, la solución constitucionalmente válida no puede provenir de considerar que ambos derechos fundamentales son irreconciliables entre sí<sup>40</sup>, ni puede provenir de la aplicación de un juicio ponderativo que busque establecer una jerarquía *ad casum* entre los derechos fundamentales en supuesto conflicto<sup>41</sup>. La técnica de concreción de las abiertas disposiciones constitucionales no puede basarse en presupuestos formalmente inconstitucionales ni injustos. Si se sostuviese que un derecho fundamental debe sacrificarse para permitir el ejercicio de otro derecho fundamental, se admitiría sacrificar a la Constitución precisamente en la parte del contenido constitucional del derecho fundamental que se pretende sacrificar, contradiciendo el principio de unidad y normatividad de la Constitución; y se admitiría también una jerarquía entre personas, al pretender encontrar razones para posibilitar la consecuciones de bienes humanos a una de ellas y la postergación de la otra en su realización<sup>42</sup>. No hay ninguna razón que justifique preferir que una persona alcance un grado de perfeccionamiento en detrimento y postergación de otra, desde que ambas son fin en sí mismas de modo absoluto.

Las aporías de esta técnica de interpretación son tan graves que exigen un modo distinto de afrontar la cuestión, con base en enunciados a favor de la Persona y, desde luego, en consonancia con la naturaleza de la Constitución. Cuando se presenta una controversia iusfundamental, la solución debe ir dirigida a establecer cuál de los dos sujetos que ha invocado un derecho fundamental como justificación de su actuar, lo ha hecho debidamente y cual no. Ello debido a que en realidad sólo uno de los dos ha ejercitado válidamente el contenido constitucionalmente protegido de su derecho fundamental, y el otro pretende un ejercicio extralimitado de su respectivo derecho fundamental. Y es que no es posible que se llegue a posiciones iusfundamentales contradictorias con base en el ejercicio constitucionalmente válido del contenido esencial de dos derechos fundamentales.

## 2. Concreción del marco general

Este marco general iusfundamental puede ser concretado en referencia a las libertades de información y al derecho al honor. La controversia normalmente se presenta cuando una persona ha emitido o pretende emitir una información que a entender de otra vulnera su honor. La primera ha invocado la libertad de información para conseguir cobertura constitucional a la difusión de la noticia, mientras que la segunda ha invocado su derecho al honor para que no se otorgue tal cobertura y, por el contrario, se prohíba su difusión, si es que aún no se ha difundido. La pregunta que el intérprete constitucional ha de responder no es cuál de los dos derechos fundamentales *pesa* más en el concreto caso para hacerlo prevalecer sobre el derecho que se le opone; sino que ha de responder cuál de los dos sujetos pretende un ejercicio constitucionalmente válido de su derecho fundamental, porque –

<sup>40</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, ps. 87 y ss.

<sup>41</sup> ALEXY, Robert, *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid 2004, ps. 48 yss.

<sup>42</sup> SERNA BERMÚDEZ, Pedro, y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 94.

habrá que insistir– no es posible que desde el ejercicio constitucionalmente válido de dos derechos fundamentales se lleguen a sustentar pretensiones contradictorias.

Para resolver esta pregunta –como ya se dijo– no sirve el juicio de ponderación entendido como el mecanismo para hacer prevalecer un derecho fundamental sobre otro, sino un juicio ponderativo que lleve a delimitar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales a fin de establecer quien lo ha ejercido correctamente<sup>43</sup> y quien no al pretender su ejercicio extralimitado. Y para tal cometido la hermenéutica constitucional presenta una serie de principios de interpretación que deben actuar de modo conjunto: el principio de literalidad, el principio teleológico, el principio sistemático o de unidad de la Constitución, el principio de la cláusula interpretativa, el principio de concordancia práctica<sup>44</sup>. El juicio prudencial permitirá que con base en la aplicación de estos principios se logre establecer si una concreta pretensión forma o no parte del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Y es que la razón práctica, que es razón prudencial propia de las ciencias no exactas como el Derecho, antes que la razón matemática propia de las ciencias exactas, es la que deberá dar por resultado la decisión justa a la controversia iusfundamental concreta.

Sin duda que tal solución justa sólo podrá ser formulada dentro de las concretas circunstancias de un determinado caso, en la medida que el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental necesita de ellas para definir su alcance. Pero esto no impide que de modo general puedan dibujarse algunos de los elementos que conforman tal contenido. Por eso conviene ahora preguntarse por ellos y detenerse en particular sobre los que permitirán analizar la sentencia que ahora se comenta.

### 3. La veracidad como límite inmanente de la libertad de información

#### A. La veracidad como concreción constitucional

De modo general es posible encontrar que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad de información tiene una serie de límites<sup>45</sup>. De entre ellos es posible destacar la exigencia de relevancia pública de la información que se difunde<sup>46</sup>; la exigencia de ausencia de expresiones ofensivas y la exigencia de que lo informado sea veraz. De entre estas tres exigencias conviene detenerse en la última.

En el texto constitucional peruano se ha reconocido que toda persona tiene derecho a “las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento” (artículo 2.4 CP). Este texto abierto y ambiguo ha sido objeto de concreción por parte del Tribunal Constitucional, el cual ha dispuesto que sólo tendrá cobertura constitucional la difusión de información veraz<sup>47</sup>. De modo que hoy en día el mencionado dispositivo constitucional se lee de la siguiente manera: “toda persona tiene derecho a la libertad de información *veraz*”,

<sup>43</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, en CARBONELL, Miguel; GRANDEZ, Pedro (Coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra del Tribunal Constitucional, Palestra editores, Lima 2010, ps. 297–319.

<sup>44</sup> Principios de interpretación constitucional definidos y empleados por el Tribunal Constitucional. Cfr. por todas la sentencia al EXP. N.º 5854–2005–PA/TC, del 8 de noviembre del 2005, F. J. 12.

<sup>45</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Crítica a la respuesta del Tribunal Constitucional a algunas cuestiones generadas por la vigencia de las libertades de expresión e información”, en IDEM, (Coordinador), *Las libertades de expresión e información*, Universidad de Piura – PALESTRA, Lima 2006, ps. 83–135.

<sup>46</sup> Relevancia exigida entre otros por el bien humano que está detrás de esta libertad fundamental que es la información a fin de promover la creación de una opinión pública libre que consolide el sistema como democrático; y exigida también por el derecho a la intimidad.

<sup>47</sup> EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, Fundamento 9.



ya sea para emitir como para recibir información. Hecha esta concreción constitucional, la cuestión a responder es en qué consiste la exigencia de veracidad que ha de cumplir la información difundida para hacerla merecedora de protección constitucional.

#### B. Definición negativa y positiva

La primera vez que el Supremo intérprete de la Constitución se pronunció sobre esta exigencia fue en la sentencia al EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, en la que la definió de modo negativo y positivo a la vez. Negativamente se definió así: “la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso”<sup>48</sup>. Definición que luego fue complementada con la afirmación de que “su contenido esencial [de la libertad de información] se encuentra en la veracidad de lo que se manifiesta, lo cual no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontestable”<sup>49</sup>. En este punto el parecer del Tribunal Constitucional se ha movido en la misma línea que el Tribunal Constitucional español, para el cual el requisito de *veracidad* en la información no supone privar “de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas”<sup>50</sup>; ni debe ser entendido como la exigencia de “comunicación objetiva y aséptica de hechos”<sup>51</sup>, ni como la exigencia de que “las informaciones difundidas por los medios de comunicación social, que no se limiten al simple comunicado de noticias, sean neutrales o estrictamente objetivas”<sup>52</sup>.

De modo general es posible sostener la corrección constitucional de esta definición negativa, debido a que normalmente el informador arma una noticia sobre la base de hechos que no le constan al no haber sido por él presenciados, sino que la construye sobre la base de narraciones o constataciones provenientes de terceras personas. De aquí se desprende que si se definiese la veracidad como la exigencia de correspondencia plena entre lo que se difunde como noticia y lo que ha ocurrido realmente, se condenaría al informador a difundir sólo hechos que él haya presenciado, condenándosele en buena cuenta al silencio.

#### C. Definición positiva

Sin embargo, esta corrección constitucional desaparecería si no se ve complementada debidamente por una definición positiva que evite situaciones de inconstitucionalidad. En efecto, afirmar que la exigencia de veracidad no equivale a la verdad de los hechos, puede conllevar a admitir otorgar protección constitucional a la difusión de todo hecho falso. La exigencia de constitucionalidad demanda aceptar la difusión de un hecho falso siempre que se cumpla las dos siguientes exigencias: primera, que haya sido materialmente imposible al informador conocer su falsedad, a pesar de haber puesto todos los medios necesarios para ello; segundo, que actuando de buena fe se haya convencido de la verdad de un hecho y con tal consciencia lo haya difundido. La primera exigencia obliga al informador a actuar con la diligencia debida en la búsqueda de la verdad de la información, no publicando afirmaciones no contrastadas debida y suficientemente. En particular, si se trata de información que atañe a la consideración personal y social de un determinado sujeto, le está exigido solicitar de este la confirmación o la negación del hecho. La segunda exigencia obliga al informador a no difundir como cierto ningún hecho de cuya verdad dude, de modo que sólo difundirá hechos con la creencia de ser verdaderos.

Esta definición positiva de la exigencia de veracidad complementa debidamente la definición negativa, y hace de la exigencia de veracidad una correcta desde el punto de vista

<sup>48</sup> *Idem*, Fundamento 10.

<sup>49</sup> EXP. N.º 6712–2005–HC/TC, Fundamento 35.

<sup>50</sup> STC 6/1988, de 21 de enero, Fundamento 5.

<sup>51</sup> STC 171/1990, de 12 de noviembre, Fundamento 9.

<sup>52</sup> STC 172/1990, de 12 de noviembre, Fundamento 3.

constitucional. En este mismo sentido se ha dirigido el parecer del Tribunal Constitucional, quien tiene dicho que “tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública”<sup>53</sup>. El cumplimiento de tales deberes otorga protección constitucional a la información que “pese a ser falsa, sin embargo, ésta no se ha propalado animada por objetos ilícitos o socialmente incorrectos del informante”<sup>54</sup>. En definitiva, la exigencia de veracidad significa una determinada actitud en el informador “en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente”<sup>55</sup>.

Este modo de entender positivamente la veracidad de la información, no es extraño en la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional español la ha entendido como el cumplimiento del “específico deber de diligencia”<sup>56</sup> a cargo del informador, consistente en que “lo que transmita como ‘hechos’ haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos”<sup>57</sup>. De manera que el requisito de veracidad supondrá privar “de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. De modo que el ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones”<sup>58</sup>.

De forma tal que lo que la norma constitucional protege es “la información rectamente obtenida y difundida aunque su total exactitud sea controvertible”<sup>59</sup> o “se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado”<sup>60</sup>; incluso se considerará veraz aquella información transmitida que “no sea gratuita o notoriamente infundada”<sup>61</sup>. De modo que, “[e]l concreto deber de diligencia del informador, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo informado, se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas”<sup>62</sup>.

#### 4. Cumplimiento de la veracidad e inexistencia de vulneración del honor

Por lo que es posible concluir como constitucionalmente correcta la siguiente afirmación: no existe vulneración del derecho al honor ahí donde lo transmitido es una noticia que debido a su relevancia pública ha sido necesaria su difusión, y respecto de la cual aunque finalmente se ha demostrado que no se ajustó a lo realmente ocurrido, ha sido materialmente imposible para el informador conocer su veracidad (elemento objetivo), y ha sido difundida con el convencimiento de que era verdadera (elemento subjetivo).

Aunque teóricamente es posible en la realidad es poco probable la difusión de una noticia falsa si se ha cumplido cabalmente el elemento objetivo de la exigencia de veracidad. Ello

<sup>53</sup> EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, Fundamento 11.

<sup>54</sup> *Idem*, Fundamento 15.

<sup>55</sup> EXP. N.º 6712–2005–HC/TC, Fundamento 35.

<sup>56</sup> STC 6/1988, citada, F. J. 5.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> STC 171/1990, citada, Fundamento 8.

<sup>61</sup> STC 136/1994, de 9 de mayo, Fundamento 4.

<sup>62</sup> STC 28/1996, de 26 de febrero, Fundamento 3.



porque el deber de diligencia exige un razonable contraste de los datos obtenidos como información, y cuando tales datos se refieren a un individuo concreto, necesariamente ellos se han de contrastar con éste a fin de recibir los correspondientes descargos y acreditaciones. Si estos son razonablemente justificativos de la falsedad de la información que maneja el periodista y a pesar de ello la transmite como verdadera, habrá incumplido el elemento subjetivo por lo que su actuación carecería de cobertura constitucional. Si por el contrario razonablemente no son justificativos de la falsedad de la información, y el informador se convence de su veracidad –en relación también a lo que tiene acreditado como verdadero– y como tal difunde la noticia, entonces la Constitución le brindará protección aunque finalmente tal información no resulte siendo cierta. En este último supuesto, repárese en el hecho que para el informador que actúa diligentemente y de buena fe ha sido materialmente imposible conocer la verdad de lo ocurrido (elemento objetivo) y, en esa actuación diligente y de buena fe, se ha convencido de la verdad de los hechos y como tal los ha difundido (elemento subjetivo).

Las concretas circunstancias signadas, por un lado, por el informador que actúa diligentemente en la consecución de la noticia veraz, y por otro lado, la del sujeto al que se refiere la noticia, el que razonablemente no ha desvirtuado la veracidad de la información – porque no ha podido o porque no ha querido –, permiten afirmar que no forma parte del derecho al honor la pretensión de impedir la difusión de la noticia o, dicho positivamente, permiten afirmar que forma parte del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de información la pretensión de difundir la noticia. En el juicio iusfundamental que realice el operador jurídico –el juez constitucional, por ejemplo– a fin de establecer cual de las dos pretensiones enfrentadas acogerá, será decisivo la razonable constatación de que el informador haya cumplido con el mencionado elemento objetivo y subjetivo, así como la razonable constatación de que el sujeto respecto de quien se formula la información no ha llegado a contradecir e invalidar los hechos que se le ha pedido desvirtúe.

## V. REFERENCIA AL CASO CONCRETO

### 1. ¿Cobertura constitucional de la información difundida por la querellada?

Con base en lo dicho hasta aquí corresponde preguntarse si la información difundida por la querellada en el caso que ahora se comenta tenía o no protección constitucional por significar o no el ejercicio del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de información.

Los hechos difundidos como información por la querellada han sido sustancialmente los siguientes: a) el día viernes 16 de noviembre del 2007 el jugador Paolo Guerrero se ha escapado de la concentración de la selección peruana de fútbol; b) el jugador estuvo acompañado de una de sus amigas; c) ambos primero estuvieron en el Café Bohemia, y luego en el Café Friday's; d) ambos salieron del último de los mencionados lugares pasada las dos de la madrugada del día 17 de noviembre.

De estos hechos, el querellante ha aceptado los siguientes: a) que estuvo fuera de la concentración el viernes 16 de noviembre del 2007; b) que estuvo en compañía de una de sus amigas; c) que estuvieron primero en el Café Bohemia y luego en el Café Friday's. Discute, sin embargo, la veracidad de los siguientes dos hechos: a) que no escapó de la concentración sino que salió con permiso del entrenador de la selección; b) que estuvo en los Cafés mencionados entre las seis de la tarde y ocho de la noche.

En la discusión y acreditación de estos dos hechos ocurrida en el proceso penal, sólo se atendió la veracidad de las horas en las que el querellado estuvo en los Cafés mencionados. Para acreditar la verdad de la hora, la querellada presenta: a) la testimonial del reportero de

la “Revista Magaly Te Ve”, quien ha afirmado que vio al querellante salir del Bohemia rumbo al Friday’s entre las ocho y las ocho y media de la noche del día 16 de noviembre del 2007; y lo vio salir del Friday’s a las dos de la madrugada del día siguiente; y b) una fotografía en la que aparece el querellado abandonando el Friday’s, pero sin hora ni fecha porque se había desconfigurado el fechador de la cámara fotográfica del reportero.

Por su parte, el querellado para sostener la falsedad de la hora en que salió del Café Friday’s ha presentado las siguientes pruebas, no discutidas por la defensa de la querellada: a) la declaración testimonial de su acompañante, confirmando las horas en las que estuvo con él; b) informe de Friday’s Perú en el que se certifica la hora en que el querellado realizó el pago con su tarjeta American Express de lo consumido; c) copia legalizada del cuaderno de ocurrencia del servicio de seguridad de la cochera de Café del Mar donde el querellante dejó su vehículo.

Can base en estos elementos probatorios, la Jueza de primera instancia concluyó que la información transmitida por la querellada era falsa, conclusión que fue compartida por las otras dos instancias. No parece haber arbitrariedad en la valoración de los medios probatorios efectuados por la Jueza de primera instancia. Muy por el contrario, tanto por la calidad de las fuentes de prueba como por la objetividad y contundencia de los elementos de prueba, es razonable concluir en la falsedad del hecho que el querellado salió del Café Friday’s con rumbo a la cochera de Café del Mar a las dos de la madrugada del 17 de noviembre. En el contexto de la noticia difundida por la querellada, la hora hasta la que el futbolista permaneció fuera del hotel en el que se concentraba la selección de fútbol, resulta siendo esencial. En efecto, su mal rendimiento en el partido de fútbol que el día 18 de julio jugó el querellado, fue atribuido a la irresponsabilidad de haber estado hasta la madrugada del sábado fuera del hotel de concentración. Este elemento prácticamente hizo olvidar la importancia del otro hecho, a saber, si hubo o no permiso por parte del entrenador de la selección para que saliese unas horas. En cualquier caso, se ha de insistir en la trascendencia del dato de la hora hasta la que el jugador permaneció fuera del hotel de concentración, para afirmar que al ser decisivo permitía evaluar si había o no difamación.

La sola constatación de la falsedad de un elemento de hecho esencial en la noticia, no permite concluir sin embargo que la noticia carece de protección constitucional. Como se ha manifestado anteriormente, si el informador cumple con el elemento objetivo, a saber, el cumplimiento del deber de diligencia en el esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido; así como con el elemento subjetivo, a saber, la emisión de la noticia bajo el convencimiento de su veracidad, lo informado tiene protección constitucional aún si finalmente se demuestra la falsedad del hecho. Por lo que es obligado preguntarse si en el caso que se examina, el informador ha cumplido o no con los dos mencionados elementos.

Antes de entrar a este análisis, no obstante, conviene preguntarse a quien se tiene por *informador*. Y resulta necesario porque en el caso la construcción de la noticia y su posterior difusión no fue obra sólo de la querellada. En efecto, fue un reportero de la mencionada revista semanal la que presenció el hecho falso, un equipo de personas las que habrían investigado acerca de la veracidad de la información (el encargado de la unidad de investigación; el editor de la revista en la que se publica la fotografía y el hecho falso; y el director asociado de la misma), y finalmente la querellada quien habría decidido la emisión de la información (la directora de la mencionada revista). Desde un punto de vista constitucional, son todos estos los que han ejercitado la libertad de información, de modo que es respecto de todos ellos que es posible preguntarse si su acción tiene o no protección constitucional. Veamos.



Respecto del reportero gráfico, al haberse acreditado que fue falso que el querrellado saliese del Café Friday's a las dos de la madrugada del día sábado, es manifiesto que actuó no sólo negligentemente sino también dolosamente en la obtención de una información veraz. La razón es sencilla: es quien presencia el hecho discutido; en efecto, es él quien afirma haber fotografiado al querrellado a la mencionada hora saliendo del Café Friday's. Si esto no ocurrió así, entonces, lo real es que ha mentado, de modo que los hechos que traslada a sus superiores son presentados con desprecio manifiesto a la verdad de lo ocurrido.

Respecto del equipo de personas encargadas de investigar y armar la noticia, es posible sostener el quebrantamiento del deber de diligencia en la obtención de información veraz, debido a que si se trata de una información referida de una determinada persona, una exigencia básica del deber es intentar razonablemente contrastar la noticia al menos con tal persona. Esta exigencia básica fue desconocida y, consecuentemente, no es posible dar protección constitucional a su actuación.

Y respecto de la querellada, al poder decidir en última instancia la publicación o no de la información en la revista que dirige, su experiencia así como el cumplimiento diligente de sus deberes de informadora, debieron llevarla a advertir el incumplimiento de esa elemental exigencia de intentar contrastar la información al menos con el querrellado y, de no disponer la difusión de la noticia sin antes satisfacer esta básica exigencia. Con lo que de ella también es posible justificar la negación de cobertura constitucional a su actuación debido al incumplimiento de los deberes propios de un actuar diligente. Con el agravante, no debe obviarse, de que fue quien además difunde la noticia en el programa televisivo que conduce, y lo hace en varias oportunidades, mostrando indiferencia hacia la posibilidad de que la información sea falsa al rechazar con desprecio la solicitud de rectificación que presentó el querrellado.

Por lo que es posible concluir que el ejercicio de la libertad de información que los mencionados personajes realizaron fue un ejercicio sin protección constitucional, es decir, fue un ejercicio extralimitado de la mencionada libertad fundamental al caer fuera del contenido constitucionalmente protegido de la misma. Precisamente por no tener cobertura constitucional, la pregunta que inmediatamente se presenta es acerca de las sanciones que el sistema jurídico hace corresponder al ejercicio extralimitado del derecho fundamental. Y estas pueden ser de doble naturaleza: una sanción penal y una sanción indemnizatoria (que puede conseguirse en la vía penal o en el vía civil). Aquí corresponde examinar sólo la primera.

## 2. La sanción penal

No pretendo un análisis penal de la sentencia que ahora se comenta. Sólo se abre este apartado con la finalidad de poner de manifiesto cómo unas son las consecuencias constitucionales y otras distintas las consecuencias penales. Así, lo primero que hay que manifestar es que no todo ejercicio extralimitado de un derecho fundamental por el sólo hecho de ser tal se hace acreedor de una sanción. El análisis constitucional sirve para descartar que no nos encontremos ante un ejercicio regular de un derecho fundamental, porque si ese fuese el caso, entonces una sanción penal o una sanción civil deberían ser tenidas como inconstitucionales y, por ello, como jurídicamente inválidas.

En segundo lugar, un ejercicio extralimitado de la libertad de información configurará delito si cumple los correspondientes elementos de tipo previstos legalmente. Para el caso peruano, y admitiendo como se justificó antes, que la noticia tenía relevancia pública por lo que no estaba afectado el derecho a la intimidad del querellante, se ha de destacar los siguientes dos elementos del tipo penal: la agresión del contenido constitucionalmente protegido del honor; y el dolo. Respecto de este último elemento no tiene relevancia constitucional en la

medida que es un elemento técnico-penal cuya presencia se ha de intentar determinar en cualesquiera de sus modalidades. Sólo se precisará que una vez acreditada la falsedad de la hora en la que supuestamente el querellante salió del Friday's, es razonable admitir que el reportero gráfico que presencié la salida haya actuado con la voluntad maliciosa propia del concepto de dolo. De igual forma, es razonable concluir que los demás partícipes de la información, en particular de la querellada que es quien muestra una voluntad de desprecio hacia la posible verdad que sugería la solicitud de rectificación presentada por el querellado, al menos conocían la posibilidad de que la información fuese falsa y aceptaron previamente esa consecuencia como posible (dolo eventual).

Para determinar si existe o no vulneración del contenido constitucionalmente protegido del derecho al honor, hay que tomar en consideración que –como en todo derecho fundamental– detrás del derecho al honor hay un bien humano: tal es el *aprecio* tanto en su dimensión personal como en su dimensión social. En la medida que “[e]s en las relaciones sociales donde el honor puede verse comprometido”<sup>63</sup>, el derecho al honor se define como “el derecho a que otros no condicionen negativamente la opinión que los demás hayan de formarse de nosotros”<sup>64</sup>. En palabras del Tribunal Constitucional, “el honor está constituido por aquella esfera de inmunidad frente a cualquier trato que ofende o agrede la condición de la persona humana en su relación con los demás o en su relación con los poderes públicos. El derecho al honor protege, entonces, la intangibilidad de la dignidad en la dinámica social de un tiempo determinado”<sup>65</sup>.

En el entorno social, un ejercicio extralimitado de la libertad de información conduciría a agredir el bien humano *aprecio* en su dimensión personal si en la noticia los elementos de juicio o las valoraciones que acompañan a los hechos son ofensivas o ultrajantes. Las apreciaciones subjetivas que completan los hechos objetivos “pueden denostar o agraviar innecesariamente a la persona”<sup>66</sup> al margen de su veracidad<sup>67</sup>. Y es que los juicios de valor no pueden ser verdaderos o falsos, por lo que no están sujetos a prueba, sino que pueden ser insultantes o no. Si son insultantes, se agrede la consideración que una persona tiene sobre sí misma, al margen de que los demás se vean persuadidos o no de tomar en consideración las descalificaciones que lleguen a vertirse. En la transmisión de una noticia los juicios de valor ofensivos o denostadores que acompañan la divulgación de un hecho, agreden el *aprecio* u honor personal del sujeto pudiendo configurar el delito de injurias<sup>68</sup>, esto es así incluso cuando la noticia se formule en torno a un hecho veraz que aisladamente considerado puede ser considerado objetivamente como afianzador de su *aprecio*. En palabras del Tribunal Constitucional, la injuria incide “sobre el honor interno, que es muy

<sup>63</sup> EXP. N.º 4099–2005–AA/TC, Fundamento 6.

<sup>64</sup> DIEZ–PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª edición, Thomson–Civitas, Madrid 2005, p. 299.

<sup>65</sup> EXP. N.º 4099–2005–AA/TC, Fundamento 5.

<sup>66</sup> DIEZ–PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 301.

<sup>67</sup> El Tribunal Constitucional peruano ha diferenciado la libertad de información de la de expresión por la naturaleza del contenido del mensaje que se transmite: si el mensaje está compuesto por hechos, la libertad ejercitada es la de información; si el mensaje está compuesto de valoraciones, la libertad ejercitada es la libertad de expresión (EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, Fundamento 9). Sin embargo, y al estar los mensajes compuestos normalmente por hechos y juicios de valor, una noticia que emita hechos a la vez que juicios de valor no puede ser emitida o en virtud de la libertad de información o de la libertad de expresión, sino que al concurrir ambas será exigible las limitaciones propias del elemento objetivo (veracidad) y del subjetivo (no ofensivas).

<sup>68</sup> El artículo 132 del Código Penal que recoge el delito de injurias, establece que “[e]l que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días–multa”.



subjetivo, pues depende de la escala de valores particular del individuo y de la comparación que sobre su propia conducta y su escala de valores, el mismo individuo realiza, sin que interese, a estos efectos, la apreciación externa de terceros”<sup>69</sup>.

Por el contrario, un ejercicio extralimitado de la libertad de información conduciría a agredir el bien humano *aprecio* en su dimensión social si independientemente de que los juicios de valor sean o no ofensivos, se transmiten hechos falsos, siempre y cuando tales hechos falsos generen un menoscabo en el merecimiento de una persona a los ojos de los demás. A diferencia del supuesto anterior en el que la agresión al bien humano *aprecio* se definía por el menoscabo de la consideración propia y subjetiva de cada persona, en este caso se trata de destacar especialmente –aunque no únicamente por su necesaria vinculación al *aprecio* subjetivo de cada individuo– que la valoración social que los demás presentan sobre un individuo pueda verse influida negativamente. En palabras del Tribunal Constitucional, “en el caso de la agresión a la reputación social, el honor está comprometido doblemente, como una ofensa hacia uno mismo, y como un desprestigio frente a los demás, desmereciendo la condición de ser social por excelencia que es toda persona”<sup>70</sup>. En el ordenamiento penal peruano, el ejercicio extralimitado de la libertad de información que agrede la consideración que los demás tienen sobre uno mismo –además de la personal a la que necesariamente va unida–, puede llegar a configurar el delito de calumnia<sup>71</sup> o de difamación<sup>72</sup>.

En el supuesto que ahora se examina, el hecho destacado y decisivo fue la atribución al querellante de un hecho falso y que precisamente por ser falso menoscababa objetivamente el *aprecio* o consideración que la sociedad tenía sobre el jugador de fútbol querrellado. Así, el hecho de que un jugador de la selección nacional salga del hotel de la concentración para estar con amistades hasta las dos de la madrugada del día previo a la realización de un partido oficial de fútbol, no sólo justifica tenerlo por irresponsable y no merecedor de integrar la selección, sino también justifica admitir que la causa de un puntual mal rendimiento en el juego ha sido precisamente su supuesto trasnochar. Se cumple, pues, este elemento del tipo penal consistente en la agresión del contenido constitucionalmente protegido del derecho al honor del querellante, que unido al dolo antes encontrado, hace que en los hechos concretos se haya configurado la conducta sancionada por el delito de difamación.

## VI. CONCLUSIONES

El análisis constitucional del caso penal que se ha realizado a lo largo de este trabajo, ha permitido constatar la necesidad de una respuesta no sólo desde categorías jurídicas propiamente penales, sino también –y especialmente– desde postulados constitucionales en general y iusfundamentales en particular. Con base en la regla de que ningún ejercicio del contenido constitucional de un derecho fundamental puede ser sancionado jurídicamente, sino que por el contrario, debe ser permitido y promovido, no es posible saber con justicia si se ha cumplido o no un tipo penal al margen de un juicio previo de corrección constitucional. Y es que debe tenerse siempre presente, primero, que la persona humana –y sus consecuentes derechos humanos constitucionalizados– son el fin y que el Derecho es un mero medio que se deslegitima en la medida que no está orientado a la consecución del fin.

<sup>69</sup> EXP. N.º 00018–1996–AI/TC, Fundamento 5.

<sup>70</sup> EXP. N.º 4099–2005–AA/TC, Fundamento 8.

<sup>71</sup> Recogido en el artículo 131 del Código Penal y en el que se establece que “[e]l que atribuye falsamente a otro un delito, será reprimido con noventa a ciento veinte días–multa”.

<sup>72</sup> El tipo base del delito de calumnia recogido en el artículo 132 del Código penal, establece que “[e]l que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días–multa”.

Toda decisión jurídica que se elabora en cualesquiera de las ramas del derecho será una decisión jurídicamente inválida si es que se opone o contradice o dificulta la consecución del fin, y tendrá tal sanción de invalidez por ser injusta al evitar o incumplir *lo debido* con la persona humana que son precisamente sus derechos humanos. Y en segundo lugar, no debe olvidarse que al ser la Constitución norma jurídica fundamental del entero ordenamiento jurídico, éste no sólo hará depender su validez de su ajustamiento a aquella, sino que incluso, desde la Constitución recibirá impulsos o directrices de soluciones que no podrán ser desconocidas. Es característica necesaria del llamado Estado constitucional de derecho como lo es el peruano. Por lo que el operador jurídico en ningún caso debería formular un fallo al margen de las concretas exigencias constitucionales.

