

Algunos apuntes sobre la conflictiva relación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor en el Perú de hoy

José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno

Abogado. Profesor de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Comité Consultivo de *Ius et Veritas*.

Cuando aún estaba fresca la buena noticia de la promulgación de la Ley No. 26773 el 18 de abril del presente año (que precisaba la derogatoria del inconstitucional segundo párrafo del artículo 317 del Código de Procedimientos Penales), la mayoría oficialista en el Congreso, sorpresivamente aprobó seis días después - en la madrugada y sin debate previo alguno- la Ley No. 26775, que establecía el derecho de rectificación de personas afectadas por afirmaciones inexactas o agraviantes realizadas en medios de comunicación social.

Esta ley, posteriormente modificada por la Ley No. 26847, promulgada el 28 de julio, puso nuevamente en la agenda el debate sobre el valor de la libertad de expresión y los límites que legítimamente pueden serle impuestos, por lo que resulta necesario volver sobre algunos de los aspectos más saltantes de este derecho fundamental y su relación con otros derechos de similar naturaleza.

1. IMPORTANCIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Actualmente la libertad de expresión es reconocida universalmente como un **derecho fundamental**. Derivada del derecho a la libertad de pensamiento y

opinión (facultad de escoger el sistema de pensamiento más adecuado, adherirse a él, elaborar un pensamiento y/o dar una opinión), la libertad de expresión es concebida autónomamente como el derecho a expresar públicamente una opinión o pensamiento, reconociéndosele un valor esencial en el contexto de una sociedad democrática por constituir una garantía para la formación y desarrollo de la opinión pública, presupuesto de una sociedad pluralista.

Sin embargo, pese a su importancia, como ha señalado el profesor Santiago Sánchez-González, “la historia de la humanidad puede escribirse como una historia de la represión de la expresión. Desde instancias religiosas primero, políticas después y sociales, ahora y siempre, la libertad de expresarse, de comunicar ideas, pensamientos y experiencias, se ha visto con desconfianza y temor y se ha procurado restringir bajo los pretextos más extraños y peregrinos”.

Basta recordar que ya desde 1408, cuando ni siquiera existía la imprenta, en Inglaterra se requería permiso para publicar un libro, y que, en España, en 1502, se promulgó la Pragmática de los Reyes Católicos, que imponía la necesidad de contar con licencia para imprimir, la misma que podía ser otorgada por diversas autoridades civiles y religiosas.

Una de las razones más frecuentemente alegadas

para justificar la restricción a la libertad de expresión, ha sido la defensa del honor. En efecto, con el desarrollo de los medios de difusión, es evidente que las posibilidades de lesionar el honor de una persona en el ejercicio de la libertad de expresarse, han aumentado.

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y HONOR.

La relación entre honor y libertad de expresión, ha sido siempre una relación conflictiva, dado que se trata de derechos que ocupan espacios muchas veces antagónicos. Por tal motivo, el derecho penal ha tratado de regular este conflicto desarrollando diversas teorías en el devenir del tiempo.

Si apelamos a la jurisprudencia comparada -referencia necesaria dado que la nuestra no ha avanzado mucho al respecto-, advertiremos que en el proceso de responder al conflicto entre honor y libertad de expresión, la justicia penal-constitucional ha transitado por tres fases bien definidas.

Una primera, en la que se consagraba la prevalencia del derecho al honor sobre la libertad de expresión e información sin mayores consideraciones, por estimarse que el honor de una persona -vinculado a la noción de reputación social- era un derecho individual intangible.

Luego se pasó a una segunda, conocida como la de ponderación de derechos en pugna, según la cual, planteado el conflicto entre los derechos mencionados, el juzgador tenía que realizar un juicio ponderativo (*Balancing Test*), para establecer si la conducta de quien ejercía su derecho a expresarse o informar, justificaba el menoscabo del honor de otra persona (entre otras razones por tratarse, por ejemplo, de un funcionario público o de un asunto de interés público).

Finalmente, se llegó a lo que constituye la tendencia preponderante en la actualidad, que considera la posición preferente de las libertades de expresión e información respecto del derecho al honor, atendiendo a que los primeros **“poseen un doble carácter de libertad individual y son garantía de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública”** (sentencia del Tribunal Constitucional español 104/1986). Esta especial naturaleza de las libertades de expresión e información, obliga a que las restricciones

que se les impongan sean las estrictamente necesarias para proteger otros valores esenciales a una sociedad democrática.

Obviamente no es una preferencia absoluta -dado que el honor también es un derecho fundamental- pues la misma está sujeta a la concurrencia de ciertos requisitos. Es conveniente distinguir para estos efectos el derecho a la libertad de expresión del derecho a la libertad de información.

Por libertad de expresión debe entenderse el derecho a comunicar **ideas opiniones y pensamientos**, mientras que cuando hablamos de libertad de información (en su doble vertiente de informar y ser informado), nos referimos a la comunicación de **hechos**. En ese sentido, las restricciones impuestas a estos derechos, pese a ser preferidos al honor, difieren según su naturaleza.

El honor será preferido respecto a la libertad de expresión (entendida como expresión de ideas u opiniones), solamente en aquellos casos en que lo expresado sea **manifiestamente injurioso**, mientras que únicamente se antepone a la libertad de información (es decir el derecho a comunicar hechos noticiables), cuando lo informado **no sea veraz** (producto del menosprecio a la verdad o falta de diligencia en la verificación de la información) y **carezca de interés público**.

3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CENSURA PREVIA.

En las postrimerías del régimen militar y antes que entrara en vigencia la Constitución Política de 1979, el gobierno de facto del general Francisco Morales Bermúdez, dictó -el 14 de agosto de 1979- el Decreto Ley No. 22633, el mismo que modificó el artículo 317 del Código de Procedimientos Penales (vigente desde el 18 de marzo de 1940) referido a los procesos seguidos por delitos de difamación que se hubieran cometido por medio de la prensa.

Según el texto introducido por el decreto ley en referencia: “Formulada la denuncia y en tanto no se defina la situación jurídica del denunciado o el inculpado, las partes no harán uso de los medios de comunicación social para referirse a sus respectivas personas y/o al hecho o dicho imputado, relacionados con el proceso. Si esta prohibición fuere transgredida, el inculpado a que se refiere el párrafo anterior, será

considerado como reiterante; y el ofendido incurrirá en la comisión de delito contra el honor”.

La Constitución Política del Estado consagra al **honor** como derecho fundamental de la persona humana (artículo 2 inciso 7), el que, dada su trascendencia, ha sido elevado a categoría de bien jurídico penalmente protegido, es decir, ha sido reconocido como un valor de importancia tal, que merece ser protegido por las normas jurídicas de mayor intensidad que posee el sistema: las normas penales.

Cuando un ciudadano se siente lesionado en su honor, puede recurrir a la justicia penal a fin de que, acreditada la afectación criminal de su derecho, se sancione al responsable con una pena privativa de libertad y el pago de una indemnización.

En tal sentido, el Código Penal, en su artículo 132, tipifica el delito de difamación, consistente en la divulgación de juicios de valor ofensivos a la dignidad de una persona. Una de las formas más frecuentes y graves de comisión de este delito, se produce a través de los medios de comunicación, por lo que, dado su potencial difusor, la ley penal ha previsto una circunstancia agravante del delito cuando se materializa a través de la prensa .

Sin embargo, de otro lado, la Constitución también consagra como derechos fundamentales, a las libertades de expresión e información, estableciendo en su artículo 2 inciso 4, que éstos pueden ser ejercidos “mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”.

Actualmente, conforme hemos expresado líneas arriba, como consecuencia del desarrollo de una dogmática penal garantista y democrática, la jurisprudencia -principalmente europea y norteamericana-, ha optado por preferir los derechos a la libertad de expresión e información, siempre que se cumplan ciertos requisitos (interés público, veracidad, proporcionalidad o ausencia de frases formalmente injuriosas).

Ciertamente la visión jurisprudencial plasmada en la sentencia del Tribunal Constitucional español citada (104/1986), parte de una concepción democrática y pluralista del Estado, opuesta a las tendencias autoritarias que tradicionalmente utilizaron la defensa del honor -entendido como honra u honor merecido,

íntimamente ligado a la reputación social y en consecuencia a la posición del sujeto en la sociedad- para imponerlo como límite objetivo a la libertad de expresión e información.

En este contexto, no cabe duda que la Ley No. 22633 reflejaba la ideología de un régimen autoritario, que pretendía por este medio limitar las libertades de expresión e información -a las que no reconocía posición preferente alguna- por la sola existencia de una denuncia referida a la comisión de un delito contra el honor. No es difícil imaginar lo útil que resulta para un gobierno sin convicciones democráticas una norma como la que introdujo el decreto ley mencionado en el artículo 317. Durante su vigencia, bastaba alegar judicialmente la presunta afectación del honor de una persona, para prohibir que un medio de comunicación social informe sobre hechos de interés público, y en consecuencia, se impida a la población formarse un criterio adecuado sobre los mismos.

En un país como el nuestro, donde la impunidad en materia de corrupción y violación a los derechos humanos ha sido la regla, un dispositivo como el segundo párrafo del artículo 317 del Código de Procedimientos Penales, resultaba muy funcional al poder y a quienes -por diversos motivos- temen enfrentarse a la opinión pública.

A manera de ejercicio, tomemos como ejemplo las denuncias de tortura y asesinato o de violación a las comunicaciones personales a través de la interceptación telefónica, realizadas por los medios de comunicación en las últimas semanas, a propósito de prácticas ilegales y delictivas imputadas a miembros del Servicio de Inteligencia (podríamos igualmente referirnos a los casos de La Cantuta, Barrios Altos, Popular y Porvenir o a cualquiera de las graves denuncias por corrupción o violación a los derechos humanos recogidas por la prensa en los últimos años). Hubiera bastado que cualquiera de los sindicatos como responsables de estos graves delitos planteara una querrela por difamación contra los medios de información, para que éstos, por disposición judicial, en aplicación del derogado segundo párrafo del artículo 317 del Código de Procedimientos Penales, se hubieran visto impedidos de volver a referirse a los hechos denunciados hasta que no terminara el proceso judicial que, por lo general, **¡tiene una duración aproximada de dos años!**

El segundo párrafo del artículo en cuestión,

presuponía irrazonablemente que continuar haciendo referencia a hechos o personas involucrados en un proceso penal por delito contra el honor, implica siempre una nueva lesión a este bien jurídico y atenta contra la administración de justicia.

Esta presunción es contraria a derecho y resulta violatoria de principios penales fundamentales, entre los que destacan los siguientes:

a) **Proporcionalidad.** La adopción de una medida cautelar como la prohibición de referirse a personas o hechos involucrados en el proceso, debe ser proporcional al daño que se quiere evitar. La disposición del artículo 317 impedía la valoración del juez para decidir si en un caso concreto se justificaba prohibir referencias a personas o hechos que son objeto de discusión judicial a fin de evitar nuevas lesiones al honor o interferencias indebidas en el proceso.

b) **Culpabilidad.** La responsabilidad objetiva está prohibida en derecho penal (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal de 1991). Todo delito requiere para su configuración, además de la realización de la conducta delictiva, que el autor haya actuado con consciencia y voluntad (dolo), o imprudentemente en los casos en los que la ley sanciona la negligencia. En este caso, la norma cuestionada partía de la premisa que por la sola referencia a hechos o personas involucrados en el proceso penal, se había incurrido en nuevo delito contra el honor, sin indagar por la existencia de la conducta delictiva y la intención del agente (juicio de reproche).

c) **Lesividad.** En los delitos de resultado -y la difamación lo es-, la conducta del autor tiene que lesionar efectivamente el bien jurídico protegido, en este caso el honor (artículo IV del Título Preliminar del C.P.). El artículo 317 obviaba la verificación del resultado lesivo y se limitaba a prejuzgar, asumiendo que toda referencia posterior a la apertura del proceso por difamación, tiene necesariamente un contenido delictivo.

d) **Legalidad.** Según el artículo 2 inciso 24 «d» de la Constitución (concordado con el artículo II del Título Preliminar del C.P.), nadie puede ser sancionado por un hecho que al momento de cometerse no está expresamente previsto como delito por la ley. En virtud de lo que disponía el artículo en mención, se imponía un castigo penal atendiendo únicamente a una referencia fáctica (la sola alusión a la persona o los hechos de la causa), sin verificar que tal referencia sea

efectivamente constitutiva de delito de difamación, es decir, que importe una ofensa o conlleve una actitud de menosprecio.

Claramente se trataba de una norma que introdujo una forma de **censura** prohibida por la Constitución, al imponerse *a priori*, limitaciones que resultaban gravosas e innecesarias, e impedían la libre difusión de hechos, pensamientos o ideas. Obviamente, nadie justifica los ataques ilegítimos al honor de las personas, siendo evidente que la prohibición de censura previa no impide que *a posteriori* intervengan los jueces competentes respecto a informaciones o expresiones de opinión que hayan vulnerado los límites propios al derecho a la libre información y constituyan delito contra el honor.

La aplicación automática e imperativa del segundo párrafo del artículo 317, al violar los principios penales antes reseñados, implicaba una restricción al derecho de información que asiste a todo ciudadano en su doble dimensión: derecho a comunicar y derecho a ser informado.

Lo cuestionable de la disposición en comentario no sólo se limitaba a sus consecuencias negativas para derechos ciudadanos estrechamente vinculados a valores sociales esenciales, como el pluralismo y la democracia, sino que se vinculaba también a aquellas consecuencias, igualmente graves, que afectan derechos individuales. En ese sentido, por virtud de lo dispuesto en dicho dispositivo legal, se daba cabida al absurdo de tener que sancionar como autor de delito de difamación, a quien recurría a un medio de expresión para **retractarse** por afirmaciones hechas contra la persona que lo había emplazado en juicio por el mismo delito. En ese caso, el Juez no debía atender al **contenido** de lo afirmado, sino que, por mandato del cuestionado artículo, tenía que limitarse a comprobar que lo expresado por quien se retractaba era materia del proceso judicial a su cargo, para imponerle una sanción penal, **aun cuando resultara evidente que no había proferido frase injuriosa alguna, sino todo lo contrario.**

Situaciones como éstas repudian al derecho penal y deben ser erradicadas de nuestro sistema, por lo que resulta encomiable que tras la acción de inconstitucionalidad promovida por el Defensor del Pueblo contra esta norma ante el Tribunal Constitucional, el Congreso de la República haya optado, por decisión unánime de sus miembros, aprobar una ley de interpretación constitucional que

precisa que por efectos de la vigencia de la Constitución Política de 1933, quedó derogado el segundo párrafo del artículo 317 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Ley No. 22633.

En consecuencia, la precisión contenida en la Ley No. 26773, promulgada el 18 de abril del presente año, contribuye al fortalecimiento del pluralismo político, que siendo pilar fundamental de un estado democrático de derecho, se sustenta en la formación libre de la opinión pública, gracias a la plena vigencia de las libertades de expresión e información.

Sin embargo, no habla muy bien de nuestra cultura democrática el hecho de que la cuestionada e inconstitucional disposición haya estado vigente durante 18 años, (periodo durante el cual se alternaron en el poder tres gobiernos elegidos democráticamente), para que recién, durante el cuarto gobierno, un parlamentario de oposición plantee su derogatoria.

4. DERECHO DE RECTIFICACIÓN.

Es necesario tener en consideración que los errores en materia de difusión de información son inevitables, y se encuentran admitidos legalmente, salvo que se pruebe que el error informativo obedece a una afirmación hecha con malicia actual (*actual malice* según la jurisprudencia de la Suprema Corte de los EEUU).

Tratándose de errores relevantes (aquellos que pueden llevar a engaño al receptor promedio de la información), procede ejercitar el **derecho a la rectificación**, entendido éste como el derecho de toda persona a aclarar una información que considera inexacta y que puede causarle un perjuicio.

La doctrina y jurisprudencia constitucional en esta materia, han venido señalando de manera uniforme que el derecho de rectificación sólo puede ejercerse con referencia a **datos de hecho** (libertad de información), pero **no frente a opiniones**, que son de exclusiva responsabilidad de quien las difunde (libertad de expresión).

Si bien admitir una rectificación no implica que ésta sea necesariamente cierta en su contenido, es aconsejable que el ejercicio de este derecho se ajuste a ciertos requisitos que garanticen razonablemente al medio de comunicación que la rectificación que se pretende está fundamentada en elementos de juicio que

contradican la información rectificada. De lo contrario, se puede dar cabida -al amparo de un cuestionable derecho a la rectificación- a la difusión de noticias de dudosa veracidad, lo que atentaría contra una adecuada formación de la opinión pública.

La doctrina y jurisprudencia constitucional en esta materia, han venido señalando de manera uniforme que el derecho de rectificación sólo puede ejercerse con referencia a datos de hecho (libertad de información), pero no frente a opiniones, que son de exclusiva responsabilidad de quien las difunde (libertad de expresión)

El derecho a la rectificación es un instrumento, que para ser eficaz, debe estar garantizado por un procedimiento simple y breve, en el que no se permitan las dilaciones innecesarias o maliciosas que frustren su finalidad.

5. A PROPÓSITO DE LA LEY No. 26775.

Como ya hemos señalado, a sólo 6 días de haberse derogado el segundo párrafo del artículo 317 del C.P.P., la mayoría oficialista en el Congreso promulgó de manera por demás precipitada, la Ley No. 26775, denominada Ley de Rectificación.

Según el artículo 11 de esta ley, procedía el derecho de rectificación no solamente en el caso de **informaciones inexactas**, sino también cuando una persona se consideraba **agraviada** por determinadas afirmaciones realizadas en medios de comunicación.

De esta forma, se extendía (a nuestro entender de manera indebida) el derecho a rectificar no solamente a los casos de **errores informativos**, sino también a los de **opiniones** que el aludido considerara agraviantes.

Resulta evidente que no se puede exigir a un medio de comunicación que rectifique **su opinión** -o la de un tercero- sobre determinada persona. Las opiniones son responsabilidad de quien las emite, e integran el



contenido del derecho a la libertad de expresión; si alguien discrepa con ellas, deberá limitarse a dejar constancia de su disentimiento. Si

considera que son agraviantes (por ser manifiestamente injuriosas), tiene abierta la posibilidad de recurrir a la justicia penal para que ésta decida si efectivamente se ha cometido delito de difamación.

Contradictoriamente, se afirmaba en el artículo 51 que la rectificación podía ser rechazada por el medio de comunicación cuando “comprenda juicios de valor u opiniones”. ¿Cómo se admite entonces el derecho a rectificar una información “agraviante” -que perfectamente puede estar centrada en una opinión o juicio de valor- y por otro lado se le impide al rectificante que su solicitud comprenda juicios de valor u opiniones?

De otro lado, la ley omitía exigir que la rectificación de informaciones inexactas, vaya acompañada de elementos de juicio que, cuando menos indiciariamente, evidencien la inexactitud de la que se pretende corregir. De no exigirse este mínimo elemento fundamentador, bastaría que cualquier persona (cuya conducta sea de interés público y respecto de la cual se haya cumplido con la diligencia mínima que le da veracidad a la información), alegue inexactitud, para que se de cabida a una versión dudosa que pueda conducir a una distorsión en la formación de la opinión pública respecto a un hecho de interés colectivo.

En su aspecto procesal, carecía de lógica establecer un procedimiento rectificatorio ante el medio de

comunicación -con requisitos y plazos- para terminar afirmando en el artículo 71 que simultáneamente se podía recurrir a la acción de amparo. La vía judicial del amparo, cuyo objetivo es restituir el derecho constitucional al estado anterior a la violación, debe habilitarse solamente en aquellos casos en que el medio de difusión niegue el derecho a rectificar (cosa distinta ocurre con la acción de indemnización por daños y perjuicios, la que se puede plantear independientemente de que el medio haya accedido a rectificar, por considerar que el daño ya fue ocasionado y no ha sido suficientemente reparado por la publicación de la rectificación).

Finalmente, resultaba inadecuado que la ley confundiera a los propietarios de los medios con los directores e impusiera a éstos la creación de “Comités de Ética”, máxime si era de público conocimiento que los medios de comunicación masiva serios venían planteando la creación de un ente autorregulador (el denominado Consejo de la Prensa Peruana, ya en funciones) que -al igual que el “Defensor del Lector”, instaurado en el diario español *El País*-, permitiera corregir los problemas generados por los errores informativos.

6. RECTIFICACIONES A LA LEY DE RECTIFICACIÓN (LEY No. 26847).

Como consecuencia de las múltiples críticas efectuadas a la Ley No. 26775, el gobierno dio un paso atrás anunciando que la misma sería revisada nuevamente por el Congreso, lo que efectivamente ocurrió, dando lugar a la reciente promulgación de la Ley No. 26847 (“Sustituyen artículos de la Ley No. 26775, que estableció el derecho de rectificación de personas afectadas por afirmaciones inexactas en medios de comunicación social”).

Esta ley corrige la mayoría de los defectos anotados líneas arriba, aunque en nuestro concepto mantiene una omisión que puede convertir el derecho de rectificación en un instrumento para confundir a la opinión pública en lugar de contribuir a formarla adecuadamente.

En efecto, si bien es cierto se ha establecido que la rectificación “en ningún caso puede comprender juicios de valor u opiniones” (artículo 6), que la acción de amparo sólo procederá cuando el medio de

comunicación no haya accedido a ésta (artículo 7) y se ha eliminado la obligación de crear "Comités de Ética", se ha insistido en omitir la exigencia de acompañar la solicitud de rectificación de un mínimo probatorio que la ampare.

Finalmente, queda una pregunta por responder ¿la rectificación de una información impide accionar penalmente por delito contra el honor? Creemos que no, pues la rectificación persigue corregir una información que el solicitante considera equivocada, independientemente de que la misma tenga contenido difamatorio y haya sido presentada con intención de menoscabar el honor del aludido. Ciertamente la rectificación por parte del medio de comunicación, será un indicio razonable de que ha obrado bajo error, pero ello no necesariamente es así, pues cabe la posibilidad que intencionalmente

se haya publicado una información errada para afectar el honor de una persona, a sabiendas que -aunque se rectificará posteriormente- la lesión al honor ya se produjo.

Será responsabilidad del juez determinar -a partir de los criterios expuestos anteriormente-, si las libertades de expresión e información han sido ejercidas debidamente y por lo tanto constituyen una causa de justificación exculpante, o si mas bien hubo un exceso que ha lesionado el honor de una persona y en consecuencia se ha incurrido en delito de difamación. En este último supuesto, corresponderá al magistrado determinar si la rectificación acredita la existencia de error -y por lo tanto la ausencia de dolo- en cuyo caso no habría delito, o si mas bien resulta irrelevante respecto de la responsabilidad del comunicador. ☞