

# Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Francisco José Eguiguren Praeli<sup>(\*)</sup>

Abogado. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Las libertades de expresión e información son derechos fundamentales cuya vigencia constituye verdadera garantía de la democracia y de un régimen político pluralista. Precisamente por ello, estos derechos son sistemáticamente vulnerados, de manera abrupta, durante regímenes dictatoriales o autoritarios. Pero, además, la experiencia reciente del régimen de Fujimori mostró nuevas formas encubiertas de interferencia o restricción de la libertad informativa, a través de mecanismos políticos o económicos de sujeción y corrupción, instaurando un control sobre importantes medios de comunicación con la complicidad de sus propietarios y de algunos periodistas.

Sin perjuicio de esta situación “institucional” del grado de vigencia de las libertades de expresión e información en un régimen político, a menudo el ejercicio de ellas entra en colisión con otros derechos fundamentales de las personas, como la reputación, la intimidad o la propia imagen. Este problema se acentúa cuando ganan terreno la proliferación de medios de prensa de corte sensacionalista o “amarillista”, o el desarrollo de prácticas informativas o noticiosas poco escrupulosas en el respeto de la veracidad, la responsabilidad periodística o de los derechos ajenos. Suelen generarse entonces controversias que se someten al órgano jurisdiccional, para que éste realice la ponderación de los derechos en conflicto y determine cuál debe ser protegido o preferido.

En nuestro país, sin embargo, por diversas razones no fue frecuente ni muy significativo que se entablen procesos judiciales, de naturaleza constitucional, donde se debata el ejercicio de la libertad de expresión e información o su colisión con otros derechos. De allí

que resulte importante el surgimiento reciente de diversos casos resueltos por el Tribunal Constitucional peruano donde se dilucidan este tipo de conflictos.

En el presente trabajo recogemos y analizamos los principales criterios de interpretación adoptados por el Tribunal Constitucional respecto al contenido y alcances de las libertades de expresión e información, las restricciones y protecciones a que están sujetas, sus relaciones y límites frente a otros derechos fundamentales de la persona. Consideramos necesaria y útil la revisión y difusión de estos criterios, tanto porque contribuyen a concretizar la aplicación de dichos derechos y su mejor comprensión, lo que debe redundar en su mayor protección y ejercicio, como porque permiten clarificar la orientación asumida por una jurisprudencia en la materia que pueda ser seguida y perfeccionada por los órganos judiciales.

## 1. Contenido y alcances del derecho a la libertad de expresión e información.

El surgimiento del derecho a la libertad de expresión estuvo circunscrito inicialmente al reconocimiento de la potestad de toda persona de manifestar y comunicar a los demás sus opiniones, ideas o pensamientos. Un aspecto primordial de ella ha estado constituido por la libertad de prensa, referida a la difusión de ideas o informaciones a través de los medios de comunicación social. Paulatinamente el contenido y alcances de este derecho ha experimentado una dinámica evolución y ampliación, a lo que han contribuido también el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

(\*) El autor expresa su agradecimiento a Karin Castro Cruzatt, quien efectuó la revisión y selección preliminar de los fallos del Tribunal Constitucional que aquí analizamos.

A esta dimensión unidireccional del contenido y alcances del derecho a la libertad de expresión, entendido como la potestad de ser emisor de ideas, pensamientos o informaciones, se ha sumado luego también el derecho que tienen las personas de recibir o ser receptores de la información u opiniones que otros emiten o producen. Por último, actualmente se entiende que forma parte de este derecho el poder buscar información y acceder a ella.

Debe resaltarse que un componente esencial del derecho a las libertades de expresión e información, es que su ejercicio no puede estar sometido a autorización ni censura previa, a lo que sí está sujeto es a las responsabilidades ulteriores que pudieran derivarse de los excesos o abusos en que se incurra frente a los derechos de terceros.

La Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José, recoge esta dimensión integral del derecho a las libertades de expresión e información en su artículo 13 numeral 1, bajo el epígrafe de “libertad de pensamiento y de expresión”. En él se establece: “(t)oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Por su parte, el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución Peruana de 1993 recoge también la dimensión amplia e integral del derecho a la libertad de expresión e información, aunque quizás con una redacción menos precisa en sus componentes. Dispone así que toda persona tiene derecho: “(a) las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación”.

## 2. Distinción entre el contenido específico de las libertades de expresión e información. La exigencia de veracidad.

A pesar del indudable avance que implica esta dimensión integral del derecho a las libertades de

expresión e información, resulta pertinente establecer alguna precisión conceptual que delimita y, de alguna manera, distingue el contenido y alcances específicos de ambas libertades. Un referente normativo en este campo lo encontramos en la vigente Constitución Española, cuyo artículo 20.1 se ocupa en el inciso a) de la libertad de expresión, entendida como el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”; mientras que en el inciso c) del mismo artículo constitucional se refiere a la libertad de información, que comprende el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (...)”.

Nuestro Tribunal Constitucional, con motivo del amparo interpuesto por la Caja de Ahorro y Crédito de San Martín contra la emisora Radio Imagen y dos de sus periodistas (Expediente No. 0905-2001-AA/Tribunal Constitucional) expidió una sentencia donde se adopta esta distinción, cuyo fundamento conceptual compartimos, señalando: “(l)a libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones (...) la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente (...)”.

Con la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir; la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas (...) son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser”.

Un efecto concreto de esta distinción, que incide en los alcances, límites y responsabilidades de cada una de estas libertades, es pues que la libertad de expresión, por implicar la difusión de pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, tiene un contenido claramente subjetivo que no está sujeto a un requisito de veracidad, pudiendo contener apreciaciones que se consideren discutibles o erradas. Por ello, no está sujeta a un requisito de veracidad pero sí tiene como límite

los derechos al honor, reputación, intimidad o imagen de los demás, cuya trasgresión conlleva responsabilidad en los ámbitos constitucional, civil o penal. La libertad de información, en cambio, por referirse a la comunicación de hechos, sucesos, noticias o datos, sí está sometida a una exigencia de veracidad, en tanto tal información puede ser corroborada con mayor objetividad. La falta de veracidad habilita el ejercicio del derecho de rectificación, sin perjuicio de las responsabilidades que pudiera ocasionar la falsedad o inexactitud de la información difundida.

Cierto es que muchas veces el ejercicio de las libertades de expresión e información se da simultáneamente o puede confundirse, como sucede cuando se difunden hechos noticiosos que conllevan también opiniones o juicios valorativos de quien los emite. Pero ello no enerva la posibilidad de establecer alguna separación o diferenciación de la naturaleza de cada contenido, sobre todo para efectos de dilucidar el tipo de límites y eventual responsabilidad que les sería exigible. El propio Tribunal Constitucional, en la misma sentencia del caso promovido por la Caja de Ahorro y Crédito de San Martín, desarrolla el contenido de la libertad de información y resalta las dimensiones individual y colectiva o social de este derecho. Así puntualiza que: “(l)as dimensiones de la libertad de información son: (i) el derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información; (ii) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente. La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación. El objeto protegido, (...) es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces (...).

Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen una doble vertiente. En primer lugar, una dimensión individual, pues se trata de un derecho que protege de que ‘(...) nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento’ o de difundir hechos informativos. Pero, al mismo tiempo, ambas presentan

una inevitable dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas a ‘recibir cualquier información y (a) conocer la expresión del pensamiento ajeno’ a fin de formarse una opinión propia”.

Más adelante, esta sentencia del Tribunal Constitucional busca delimitar los alcances de este requisito de veracidad exigido al ejercicio de la libertad de información, precisando: “el Tribunal Constitucional considera que el objeto de esta libertad no puede ser otro que la información veraz (...) la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes (...). Por ello, es un deber profesional del informador el respetar y reflejar la verdad substancial de los hechos”.

### 3. Prohibición de toda censura previa, incluida la originada en mandato judicial.

Como ya hemos recordado, el inciso 4 del Artículo 2 de la Constitución de 1993 establece que el ejercicio de las libertades de expresión e información se realiza “sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos”. Se trata de una condición y una garantía esencial para la real vigencia de este derecho, pues no cabe admitir que su ejercicio esté supeditado a una revisión o calificación previa de las autoridades, confiriéndoles así la posibilidad de impedir, cercenar o mutilar la difusión de ciertas opiniones o informaciones. La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, se ocupa de este asunto en su artículo 13.2, señalando: “(e) ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente (libertad de pensamiento y expresión) no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o,
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Diversas sentencias del Tribunal Constitucional han desestimado acciones de amparo interpuestas solicitando que se suspenda o prohíba la difusión de opiniones o informaciones a través de medios de comunicación, aun cuando el accionante alegue que configuran violación a derechos como el honor, la buena reputación, la intimidad personal o familiar o la propia imagen. El Tribunal Constitucional, siguiendo el criterio fijado por la Comisión y la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que atender estos pedidos supondría ejercer una forma de censura previa (prohibida por la Constitución y el Pacto de San José) incluso cuando el mandato restrictivo provenga de una autoridad jurisdiccional.

Tenemos así que en el ya referido caso de la Caja de Ahorro y Crédito de San Martín, contra la emisora Radio Imagen y dos de sus periodistas, se pretendía que los demandados se abstuvieran de seguir difundiendo informaciones que sindicaban a la empresa financiera como vinculada a allegados de un testafiero de Vladimiro Montesinos, afectando, según decía, los derechos al ahorro, libre contratación y estabilidad de dicha caja rural, por incentivar el pánico financiero y el retiro masivo de fondos. El Tribunal Constitucional señaló como fundamentos para declarar improcedente la acción los siguientes: “(c)uando, como consecuencia del ejercicio de las libertades informativas, se transgreden otros derechos constitucionales, como los derechos al honor o a la buena reputación, su tutela no puede significar que, con carácter preventivo, se impida a que un medio de comunicación social (...) pueda propalar la información que se considera como lesiva, pues ello supondría vaciar de contenido a la cláusula que prohíbe la censura previa, la que proscribiera el impedimento del ejercicio de tales libertades y (...) la condición de garantía institucional de las libertades informativas como sustento de un régimen constitucional basado en el pluralismo.

Desde luego (...) no significa que los derechos al honor o a la buena reputación queden desprotegidos o en un estado de indefensión, pues, el propio ordenamiento constitucional ha previsto que sus mecanismos de control tengan que actuar en forma reparadora (...). Tal criterio (...) es el mismo que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ‘toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención’. ‘El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido’ (OC-5/85, citada, párrafo. 38 y 39, respectivamente)”.

Similar criterio asumió el Tribunal Constitucional al declarar improcedente el amparo interpuesto por Julia Estela Medina Díaz contra el diario *El Clarín* (Expediente No. 748-2000-AA/Tribunal Constitucional), donde solicitaba el cese de las publicaciones que consideraba violatorias a sus derechos al honor, reputación e intimidad, al poner en tela de juicio el ejercicio de sus funciones como Alcaldesa de la

Municipalidad Provincial de San Miguel de Cajamarca. Sostuvo el Tribunal Constitucional que: “(l)a libertad de información no está (ni puede estar) sujeta a censura previa. Por el contrario (...) su ejercicio no puede estar sujeto, bajo ningún punto de vista, a autorización, censura previa o impedimento algunos (...). Las violaciones a los derechos constitucionales invocados no pueden ser reparados en esta vía, cuya función no consiste en reparar daños consumados, sino en hacer retornar las cosas al estado en que estaban cuando se produjo la violación”.

Por su parte, en el amparo interpuesto por Gustavo Mohme Llona y Javier Diez Canseco contra el Presidente del Consejo de Ministros, Ministro del Interior y Ministro de Defensa, por la violación de sus derechos constitucionales al honor, buena reputación, a la voz e imagen (Expediente No. 168-98-AA/Tribunal Constitucional), se solicitaba la suspensión de un *spot* publicitario propalado por diversos canales de televisión a través del cual se les pretendía presentar a la opinión pública como personas empeñadas en dañar el prestigio de las Fuerzas Armadas. La sentencia del Tribunal Constitucional, del 17 de abril de 1998, declaró infundada la acción sosteniendo como fundamentos: “(...) en nuestro ordenamiento jurídico la libertad de propalar información a través de los medios de prensa, hablado, escrito, radial o televisado, no es un derecho respecto del cual pueda proclamarse su carácter absoluto, pues es susceptible de ser limitado, sin embargo, su ejercicio no requiere autorización previa, ni está sujeto a censura o impedimento alguno (...).

Cuando como consecuencia del ejercicio de las libertades informativas, se transgredan otros derechos constitucionales, como al honor, a la buena reputación, a la imagen o la voz, como en el caso de autos alegan los accionantes, su tutela no puede significar que con carácter preventivo se impida a un medio de comunicación social, cualquiera sea su naturaleza, propalar la información que se considera como lesiva, pues ello supondría que la cláusula de prohibición de la censura previa o de la proscripción del impedimento para el ejercicio de tales libertades quedara vaciada de contenido, y con él la garantía institucional de la libertad informativa como sustento de un régimen constitucional basado en el pluralismo.

El que las libertades informativas ejercidas a través de los medios de comunicación social, como se ha anotado, no constituyan derechos a propósito de los cuales se pueda predicar un carácter absoluto, y (...) respecto de los cuales no pueda intentarse de manera previa un control, no significa que la persona quede en

absoluta indefensión, cuando ello suponga que con su ejercicio se haya generado violaciones de otros derechos constitucionales, pues nuestro ordenamiento jurídico ha previsto que los mecanismos de control frente a este género de conductas habrán de intentarse siempre en forma reparadora, haciéndose uso de los diversos mecanismos que nuestro ordenamiento procesal ordinario prevé”.

El mismo fundamento fue expuesto por el Tribunal Constitucional en el amparo interpuesto por Alberto Ortiz Prieto contra el director del programa radio noticioso “Acontecer”, de Radio Frecuencia 2000, por violación de sus derechos constitucionales al honor y a la buena reputación (Expediente No. 829-98-AA/Tribunal Constitucional). El Tribunal Constitucional declaró infundada la acción reafirmando que un mandato judicial que afecte la libertad de expresión e información supone una forma de censura previa. Así, la sentencia del 29 de septiembre de 1999 señaló que: “(l)a posición central que ocupan las libertades de información y expresión en la formación de una opinión pública libre, presupuesto de (...) un Estado Democrático de Derecho, (...) impide que (...) se encuentren sujetas a unos límites de carácter preventivo, por medio de los cuales pueda impedirse el ejercicio de tales libertades como consecuencia del dictado de un mandato judicial de prohibición, ya que (...) el ejercicio de las libertades informativas a través de medios de comunicación social no se encuentra sujeto a ninguna clase de autorización, censura o impedimento alguno”.

Del mismo modo, más recientemente, en el amparo interpuesto por Panamericana Televisión contra Genaro Delgado Parker (Expediente No. 473-2003-AA/TC) la sentencia del Tribunal Constitucional, del 24 de marzo de 2003, declaró improcedente la acción donde se pretendía que el emplazado cese sus declaraciones y campaña alegando “inexistentes derechos y aparentando ante la opinión pública una titularidad de accionista y/o directivo de Panamericana Televisión S.A. que no ostenta, amenazando con solicitar judicialmente la administración y control de Panamericana Televisión S.A.”. Sostuvo el Tribunal Constitucional que: “(n)o puede pretenderse por la vía del amparo que se limite o prohíba a una persona que exprese su opinión y difunda sus pensamientos públicamente ante medios de comunicación social, por cuanto un proceder de tal índole importaría afectar el derecho constitucional previsto por el inciso 4) del

artículo 2 de la Constitución (...), quedando, en todo caso, expedito el derecho de la parte afectada con aquellas de exigir las sanciones represivas que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto frente a un supuesto de esta naturaleza (...).

En relación con la violación de los derechos fundamentales referidos a trabajar libremente con sujeción a ley, a la propiedad, a participar en forma individual o asociada en la vida económica de la nación y a la paz y a la tranquilidad establecidos, respectivamente, en los incisos 15, 16, 17 y 22 del artículo 2 de la Constitución (...) partiendo de la supuesta violación de estos derechos en las expresiones públicas efectuadas por el demandado respecto a su intención de ingresar a la administración de Panamericana Televisión S.A., al haberse establecido, (...) que manifestaciones públicas de este tipo no pueden prohibirse sin afectar la libertad de expresión del demandado consagrada en el inciso 4) del artículo 2 de la Carta Fundamental, (...) la supuesta amenaza de violación de estos derechos tampoco puede prosperar (...).”

Ahora bien, la prohibición de toda censura previa determina que no se reconozca la posibilidad de una intervención o mandato de cualquier autoridad o funcionario que pretenda impedir o restringir la difusión de opiniones o informaciones. No obstante, desde hace algún tiempo venimos planteando que no debería considerarse como una forma de censura previa a los mandatos judiciales, dictados en el marco de un debido proceso, que impongan (en casos excepcionales) suspender temporalmente o impedir la difusión total o parcial de algunas informaciones u opiniones por encontrarlas notoriamente violatorias de otros derechos fundamentales<sup>(1)</sup>. Ciertamente que éste no es el criterio asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y recogido también por nuestro Tribunal Constitucional, quienes califican como censura previa incluso a los mandatos judiciales, lo que los tornaría violatorios de la Convención y de nuestra Constitución. Nuestros reparos respecto a dicha interpretación podrían sintetizarse en las afirmaciones siguientes, cuyos fundamentos -por el carácter de este trabajo- no podemos reiterar con detalle en esta ocasión:

a) Consideramos que no constituyen una forma de censura previa los mandatos judiciales, dispuestos en el marco de un debido proceso, que ordenen (en casos excepcionales) suspender o prohibir la difusión de informaciones o expresiones violatorias de la intimidad

(1) Cfr. EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: El caso peruano*. En: *Estudios Constitucionales*. Lima: ARA, mayo 2002. pp. 119-179.

personal o la propia imagen, cuando el juzgador constata que su divulgación carece de interés general o supone un ejercicio abusivo del derecho. Si bien compartimos la prohibición de toda censura previa, la entendemos referida a la actuación de las autoridades políticas o administrativas, pero no al órgano jurisdiccional, pues la finalidad primordial de éste es proteger todos los derechos fundamentales sin distingo, realizando la ponderación de los intereses contrapuestos en cada caso concreto, de existir conflicto entre éstos<sup>(2)</sup>.

b) Coincidimos en que debe otorgarse prioridad a la vigencia de las libertades de expresión e información, pero ello no puede llevar a una adopción a rajatabla del criterio de su posición preferente, sin realizar la ponderación de los intereses en juego en cada caso, pues tal criterio no tiene sustento en nuestro ordenamiento constitucional, que coloca a la dignidad de la persona como el principio y valor preponderante que delimita el contenido de todos los derechos fundamentales, incluidos la libertad de expresión e información<sup>(3)</sup>.

c) Dado que el derecho a la intimidad personal y familiar, y también en cierta forma el derecho a la propia imagen, sólo pueden alcanzar protección en el ámbito constitucional, a través del proceso de amparo, mientras su vulneración no se ha producido, cesado o devenido en irreparable en el plano estrictamente constitucional (y no en el penal o patrimonial), es evidente que la eficacia de la acción y de la protección de estos derechos sólo resulta factible en forma preventiva o incluso correctiva, es decir, antes que la agresión se produzca o que se reitere. Condenarlos a la mera exigencia de reparación ulterior los deja totalmente desprotegidos en sede constitucional, pues la acción de amparo no permite la exigencia de una indemnización reparadora sino el restablecimiento del derecho afectado. Ello es distinto en el caso de derechos como el honor o la reputación, que pueden ser también objeto de protección constitucional mediante la rectificación, lo que no sucede respecto a la intimidad.

---

Debe resaltarse que un componente esencial del derecho a las libertades de expresión e información, es que su ejercicio no puede estar sometido a autorización ni censura previa, a lo que si está sujeto es a las responsabilidades ulteriores que pudieran derivarse de los excesos o abusos en que se incurra frente a los derechos de terceros.

---

d) El criterio de interpretación asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y también por el Tribunal Constitucional, tornan improcedente e ineficaz la utilización del amparo en defensa de la intimidad o la propia imagen cuando sean indebidamente vulnerados por el ejercicio abusivo de las libertades de expresión e información. Y no encontramos ningún fundamento constitucional para relegar a ciertos derechos a una protección devaluada, ocasionada por la improcedencia genérica del amparo, sobre todo en casos concretos donde el juez aprecie un uso notoriamente abusivo o indebido de la libertad informativa.

e) La exigencia de veracidad impuesta a la difusión de informaciones y hechos noticiosos, al menos en términos razonables y no absolutos, sería un fundamento suficiente para impedir la divulgación de contenidos que carezcan notoriamente de este carácter o que luzcan desprovistos de interés general, por no tener vinculación con las funciones públicas o actividad social de la persona cuya intimidad o imagen afectarán.

En definitiva, si bien la preferencia por las libertades de expresión e información, sobre otros derechos con los que pudiera entrar en conflicto, resulta justificada

(2) Es interesante destacar lo dispuesto por el Artículo 20.5 de la Constitución Española, que señala: "(s)ólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial". De este modo, dicha Constitución y la jurisprudencia no consideran como una forma de censura previa el mandato judicial que pueda, sin duda en casos excepcionales, ordenar la suspensión o prohibición de la difusión de publicaciones o informaciones. Ello cobra mayor relevancia porque la Convención Europea de Derechos Humanos y la propia Constitución Española también prohíben la censura previa, pero le asignan la misma interpretación que aquí propugnamos.

(3) Cfr. MARCIANI BURGOS, Betzabé. *¿Es posible establecer una posición preferente del derecho a la libertad de expresión?: Una respuesta a partir de los fundamentos del derecho a la libertad de expresión analizados en el caso de la parodia o expresión humorística*. Tesis para obtener el título de abogada. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. Este aspecto se trata, sobre todo, en las páginas 45 a 55 y 347 a 364.

por su papel fundamental para la vigencia de la democracia y las agresiones que sufrió durante regímenes políticos autoritarios, no creemos razonable otorgarles una prevalencia indiscriminada, sobre todo cuando no se trate de asuntos vinculados a la gestión de la función pública o que conlleven una afectación indebida o abusiva de la intimidad personal sin que medie un legítimo interés general o la veracidad informativa. El papel analítico y ponderador que corresponde al juez entre los intereses en pugna en un caso concreto, no creemos que pueda ser dejado de lado en nombre de una preferencia automática de la libertad informativa, menos aún en casos donde el juzgador aprecie un uso abusivo de ésta.

Por lo demás, muchas veces la reparación ulterior que garantizan la Convención Americana y la Constitución a quienes sean afectados en sus derechos a la buena reputación, intimidad o imagen por el ejercicio indebido de las libertades de expresión e información, encuentra grados significativos de ineficacia que conduce al riesgo de desprotección. Y es que los medios de comunicación de corte sensacionalista, que son los que más recurren a estos excesos, suelen carecer de patrimonio sustantivo como para afrontar el pago de eventuales sentencias judiciales que impongan el pago de una indemnización reparadora a sus víctimas. Esta situación puede ser incluso más seria si la obligación indemnizatoria corresponde a un sujeto individual o a un periodista concreto. Existe pues un marcado desequilibrio entre la fácil configuración de agresiones indebidas a la intimidad o reputación, a través de un mal uso de la libertad de información, y la difícil posibilidad real de obtener al menos una reparación patrimonial de carácter indemnizatorio.

En un Estado de Derecho, el órgano judicial tiene un rol insustituible de impartición de justicia y protección de los derechos fundamentales. Por ello, no cabe aceptar o reconocer la validez de sus mandatos destinados a la protección de los derechos constitucionales sólo en algunos casos, negándolos en otros por considerarlos una forma de “censura previa” cuando pudieran afectar la libertad de información. La fundada desconfianza ante posibles decisiones judiciales erradas o injustamente restrictivas de la libertad informativa, no creemos que sirvan de suficiente sustento jurídico para asemejarlos con actos de censura. No obstante, debemos tener presente que nuestro planteamiento no es el asumido, al menos por ahora, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, ni siquiera con el carácter excepcional que aquí propugnamos.

#### 4. La prohibición de la censura indirecta.

Nuestra Constitución, en el tercer párrafo del numeral 4 del artículo 2, reconoce un importante derecho de los medios de comunicación, señalando que “es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación”. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 13.3, prohíbe la utilización de mecanismos que actúen como una forma indirecta de censura o control de las autoridades sobre las libertades de expresión e información ejercidas a través de los medios de comunicación social, señalando:

“No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. Nuestra Constitución, en el último párrafo del artículo 2 inciso 4, agrega que “los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación”.

En tal sentido, es interesante mencionar lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el amparo que interpuso la Empresa de Radio y Televisión Huánuco S.A. (Expediente No. 1048-2001-AA/TC) contra el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y la Dirección Regional de Huánuco del citado ministerio, por considerar que se venían amenazando sus derechos constitucionales a la igualdad, a la libertad de información, a la propiedad y otros. La sentencia del 9 de octubre de 2002, que declaró fundada la acción donde se solicitaba dejar sin efecto la posible sanción de multa y medida cautelar de incautación de equipos de transmisión, así como que se autorice la continuación de funcionamiento y operación de la estación de radiodifusión en frecuencia modulada, estableció:

“Las libertades de información y expresión constituyen libertades preferidas en nuestro ordenamiento jurídico, pues su ejercicio es consustancial al régimen democrático. Ellas permiten la libre circulación de ideas y, por tanto, contribuyen a la formación de la opinión pública (...). El derecho de información no sólo protege el derecho de informar, de acceder a la información o de ser informado. También garantiza, (...) el derecho de fundar medios de comunicación. En ese sentido, tal como lo ha expresado

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 'la libertad de expresión no está completa en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir', sino que incluye, también, 'en forma inseparable, el derecho a usar todo medio adecuado para divulgar información' (Caso Ivcher Bronstein, párrafo 147-150). Por ello, especial protección debe brindarse a los medios de comunicación. 'Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad' (Opinión Consultiva 05/85, del 13 de noviembre de 1985, Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 34) (...).

El artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos garantiza contra cualquier tipo de restricción del 'derecho de expresión por vías o medios indirectos' (...) el Tribunal Constitucional considera que un 'abuso de control oficial' se presenta en todos aquellos casos en los que las exigencias de los organismos públicos competentes no satisfacen criterios mínimos de razonabilidad con el propósito de evitar que la información pueda llegar a la opinión pública.

No cabe que la administración pretenda exigir el cumplimiento de requisitos (...) cuando ella misma no brinda las facilidades para que dichos requisitos sean efectivamente cumplidos en la práctica (...) En ese sentido, si bien el espectro radioeléctrico indudablemente constituye un recurso del Estado, cuyo uso por particulares depende del otorgamiento de concesiones, ello no significa que el Estado pueda abusar de sus prerrogativas y, por ende, pueda concederlas o denegarlas de modo arbitrario, como evidentemente está ocurriendo en el caso de auto".

Si bien consideramos fundamental prevenir o evitar que las autoridades estatales utilicen mecanismos indirectos para la censura o control de los medios de comunicación social, tales como denegar arbitrariamente la autorización o el otorgamiento de una frecuencia para la operación de medios que deben utilizar el espectro radioeléctrico, como las emisoras de radio o televisión, creemos conveniente precisar el contenido y algunos alcances generales que pueden desprenderse de lo señalado en este último párrafo citado de la sentencia comentada.

En tal sentido, no consideramos válido que si una emisora de radio o televisión funciona sin autorización para el uso de una frecuencia o sin respetar las especificaciones técnicas impuestas a la emisión de su señal, pueda reclamar la continuidad de sus actividades

irregulares en nombre de la prohibición de afectación a la libertad de información. Distinto sería el caso si las sanciones administrativas que conlleven la clausura o el impedimento de operación de la emisora, resulten inmotivadas o arbitrarias, ya que estaríamos, incluso, ante una forma de censura directa.

##### **5. Restricciones a la exhibición de publicaciones y competencia municipal.**

La Convención Americana de Derechos Humanos, en el numeral 4 de su artículo 13, contempla un caso especial de censura previa autorizada tratándose de los espectáculos públicos, para la protección moral de la infancia y juventud. Tal restricción sólo tendrá como objeto impedir el acceso a ciertos espectáculos de niños o jóvenes.

Alguna vinculación con esta problemática de protección de la moral pública, la infancia y la juventud, tiene el caso resuelto por el Tribunal Constitucional con motivo de la ordenanza dictada por la municipalidad del distrito limeño de Lince que imponía ciertas restricciones a la exhibición, en quioscos de venta de diarios y revistas, de algunas publicaciones. La norma regulaba la exhibición de publicaciones que contengan en primera plana imágenes de personas desnudas o semidesnudas, de parejas homosexuales y/o heterosexuales en actos carnales; de cadáveres, cuerpos mutilados, quemados y de otros sucesos de índole similar que reflejen el carácter repulsivo y/o macabro de la muerte violenta; precisándose que los infractores serán sancionados con multa, duplicada en caso de reincidencia.

La empresa Editora Export S.A. interpuso acción de amparo contra dicha municipalidad (Expediente No. 57-98-AA/TC), la misma que fue declarada fundada por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 19 de noviembre de 1999. La empresa solicitó que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal No. 009-96-MDL, por considerar que vulneraba sus derechos a la libertad de empresa, las libertades de prensa, de información, expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio de comunicación social. La sentencia del Tribunal Constitucional se pregunta si cabe admitir que una ordenanza municipal pretenda reglamentar el ejercicio de las libertades de expresión e información, señalando:

"Cuando la Constitución deja abierta la posibilidad de que se regulen o reglamenten los derechos fundamentales o los ámbitos dentro de los cuales éstos puedan ejercerse, tal opción no puede entenderse sino



como la necesidad de que el tratamiento regulativo (...) sea por principio igual en todas las circunstancias. Para cumplir con dicho objetivo, es sólo la ley (o en casos excepcionales, el decreto legislativo) la única forma normativa que, como expresión de la voluntad general de toda la colectividad, puede asegurar por sus alcances universales, el cumplimiento de un principio tan elemental como el de igualdad. No ocurre lo mismo con la ordenanza municipal o, (...) con cualquier otra expresión normativa circunscrita sobre ámbitos territoriales más o menos amplios o reducidos, pues independientemente de que su jerarquía o rango sea el mismo que el de una ley, es un hecho inobjetable que sus efectos (los de la ordenanza u otras variables similares) no se aplican sobre todos los individuos que conforman la colectividad de un Estado, sino tan sólo sobre aquéllos que integran la respectiva repartición descentralizada.

Si se permitiera que mediante una ordenanza municipal se estatuyera el tratamiento directo de cualesquiera de los derechos fundamentales, ya sea para establecerles límites o restricciones, o por el contrario, para dispensarles criterios amplios o extensivos de operatividad, resultaría que en un mismo Estado existirían tantos tratamientos regulativos de derechos como corporaciones descentralizadas de gobiernos locales, con manifiesto y evidente perjuicio -cuando no desnaturalización grotesca-, del principio de igualdad (...).

No obstante encontrarse imposibilitados los gobiernos locales de normar en materia de derechos fundamentales (...) ello no significa (...) que carezcan de potestad de fiscalización o control en aplicación directa de la ley en cuanto norma general. Si mediante publicaciones se cometieran excesos como la pornografía o el exhibicionismo obsceno (...) la autoridad municipal no sólo estaría facultada, sino que se encontraría inexcusablemente obligada a denunciarlos como tales ante las autoridades competentes”.

Como puede apreciarse, el fundamento principal expuesto en esta sentencia del Tribunal Constitucional es que si bien la ordenanza municipal tiene rango de ley, por estipulación expresa de la Constitución, su ámbito de vigencia territorial local no la hace idónea para reglamentar el ejercicio de los derechos constitucionales, en tanto implicaría aceptar regulaciones diferenciadas que vulneran la igualdad. Tal argumentación nos parece poco consistente por diversas razones. Lo primero que debió analizar el Tribunal Constitucional era si dentro de las atribuciones y competencias previstas por la Constitución y la Ley

Orgánica de Municipalidades se autoriza que los gobiernos locales puedan regular la exhibición de publicaciones. Lo segundo, en caso ello resultara válido, era determinar si las restricciones impuestas por la ordenanza implicaban alguna forma de censura directa o indirecta a las libertades de expresión e información.

Digamos que el Tribunal Constitucional se equivoca con su afirmación genérica de que las municipalidades no pueden regular el ejercicio de ningún derecho constitucional, por el alcance local de la aplicación territorial de la ordenanza. ¿Acaso no estamos ante una regulación municipal de derechos como las libertades de empresa y comercio cuando se requiere autorización municipal para la apertura y funcionamiento de un determinado tipo de establecimiento comercial o negocio, o para la venta de productos en la vía pública, en función de una zonificación urbana?, ¿no implica también alguna incidencia regulatoria de las libertades de expresión e información la necesidad de autorización municipal para realizar un espectáculo en locales de uso público o para la colocación de anuncios publicitarios?, ¿y qué decir del otorgamiento municipal de autorización para la explotación de una ruta para el transporte público de pasajeros?

Por ello, en el caso que origina la sentencia comentada, el problema central no era el ámbito de aplicación territorial distrital o provincial de una ordenanza municipal o la supuesta (y errada) incompetencia de las municipalidades para reglamentar el ejercicio de cualquier derecho constitucional. Los puntos a dilucidar, lo reiteramos, eran si tienen los gobiernos municipales competencia para regular la exhibición de publicaciones en la venta pública de diarios o revistas, si las restricciones impuestas a la exhibición de ciertas publicaciones conllevaban una forma de censura directa o indirecta, sin duda prohibidas por la Constitución.

Pero la sentencia comentada nos deja otros puntos importantes sin respuesta. ¿Puede desprenderse del fallo del Tribunal Constitucional que las restricciones impuestas a dichas publicaciones son inconstitucionales por provenir de una ordenanza municipal, pero que serían válidas si emanan de una ley o un decreto legislativo? ¿Cabe aplicar o extender la restricción autorizada por la Convención Americana de Derechos Humanos, al acceso de niños y menores a ciertos espectáculos, al caso de la exhibición pública de algún tipo de publicaciones, en razón a las imágenes que difunden en sus primeras planas? Aunque se trata

de temas de especial interés, dadas las características generales de este trabajo y su extensión, las dejamos para analizarlas en otra ocasión.

## 6. El derecho de rectificación.

La Constitución, en el artículo 2 inciso 7, establece que toda persona tiene derecho “al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”. Por su parte, el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos se ocupa del Derecho de Rectificación o Respuesta, señalando:

“1. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en las que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y de la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

Como se puede apreciar, mientras la Constitución contempla expresamente el derecho de rectificación del afectado por afirmaciones inexactas o agravantes que ofendan su honor o reputación, la Convención comprende también -además de éste- el derecho de respuesta o réplica, que supone más bien la posibilidad de expresar en el mismo medio de comunicación, por razones de equidad, la propia opinión cuando se ha sido aludido por una información o comentario, sin requerirse que la afirmación sea necesariamente inexacta o, incluso, agravante.

El Tribunal Constitucional ha precisado el contenido y alcances del derecho de rectificación en diversas sentencias donde los afectados consideraban vulnerados sus derechos al honor o reputación. Puede así mencionarse el amparo promovido por Alberto Felipe Ortiz Prieto contra el director del programa noticioso “Acontecer”, de Radio Frecuencia 2000 (Expediente No. 829-98-AA/Tribunal Constitucional), cuya sentencia del 29 de septiembre de 1999 declaró infundada la acción; y el interpuesto por Pola Mellado

Vargas contra el director de la Empresa Editora El Diario del Cuzco (Expediente No. 1308-99-AA/Tribunal Constitucional), cuya sentencia del 30 de marzo de 2000 declaró fundada en parte la demanda. En ambas resoluciones se señala:

“La obligación de rectificar informaciones inexactas o agravantes al honor o a la buena reputación difundidas por cualquier medio de comunicación social tiene por finalidad, a la par de contribuir con una correcta formación de la opinión pública libre, el de corregir informaciones no veraces o que hayan sido formuladas como consecuencia de no observarse una conducta razonablemente diligente para agenciarse de los hechos noticiosos que podrían ser objeto de información y que, de ese modo, afecten derechos subjetivos constitucionales”.

Pero, en ambos procesos, el Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho de rectificación se refiere exclusivamente a la exigencia de corregir afirmaciones inexactas o carentes de veracidad, no así a solicitar la publicación o difusión de opiniones que suponen una respuesta o réplica de quien se considera afectado u ofendido por tales afirmaciones. Así, en el ya citado amparo interpuesto por Alberto Ortiz Prieto contra el programa radial “Acontecer”, el Tribunal Constitucional desestimó su pedido de rectificación señalando:

“(…) el contenido y el ámbito del derecho de rectificación no comprende la posibilidad de que en ejercicio de dicho derecho subjetivo se pueda pretender corregir, enmendar, suprimir o simplemente rectificar juicios de valor u opiniones que a través del medio de comunicación social se hubieran transmitido, conforme lo enuncia el artículo 6 de la Ley No. 26847, pues por su propia naturaleza abstracta y subjetiva, éstas no pueden ser objeto de una demostración acerca de su exactitud, lo que no exime ni justifica, por supuesto, que so pretexto de ello se utilicen frases o palabras objetivamente injuriosas o insultantes”.

Lo mismo sucedió en el amparo interpuesto por Pola Mellado. En efecto, el Tribunal Constitucional acogió la rectificación solicitada respecto a la información que calificaba a la accionante como una “falsa docente que cobra sin trabajar” pues ésta acreditó con documentos que tenía la condición de docente universitaria. También consideró inexacta y desproporcionada la aseveración de que cobraba su sueldo sin laborar, pues sostuvo el Tribunal Constitucional que “(…) la docente ha cobrado sus remuneraciones, si bien es cierto no realizando un trabajo efectivo, pero sí percibiéndolo en uso legítimo

de sus derechos laborales como son la licencia por capacitación, permiso por enfermedad, y aún estando en pleno proceso administrativo, debido a que mantiene el vínculo laboral con la Universidad; tal como se aprecia de los documentos obrantes (...). No obstante, el Tribunal Constitucional desestimó la procedencia de la rectificación en el extremo que suponía la intención de respuesta de la accionante frente a las críticas o cuestionamientos formulados por el diario a su labor y desempeño laboral. Así dispone la sentencia que:

“No sucede lo mismo (...) con respecto al contenido mismo de la información y a las críticas que se hace con respecto a la labor de la demandante, ya que se aprecia que el medio de prensa ha plasmado la información de conformidad con los documentos expedidos por los distintos estamentos de la Universidad Nacional San Antonio de Abad del Cusco (...) por lo que no puede reputarse que la negativa del demandado para rectificar pueda considerarse violatoria de su derecho constitucional a la rectificación, más aún si se tiene en cuenta que las opiniones o críticas vertidas en la información no entran en el ámbito del derecho de rectificación de conformidad con lo establecido por el artículo 6 de la Ley No. 26847”.

De igual forma, en el amparo promovido por Walter Prieto Maitre, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Jaén, contra el director del programa periodístico “Línea Directa” y el gerente de la Empresa de Radio y Televisión de Jaén E.I.R.L. Canal 5 Real Global (Expediente No. 1004-99-AA/TC), el Tribunal Constitucional sostuvo que la solicitud de rectificación del accionante implicaba, más bien, reclamar un derecho de réplica, previa entrevista, no contemplado en la ley, frente a afirmaciones e informaciones difundidas por el medio de prensa. La sentencia del 8 de junio declaró infundado el amparo, expresando como fundamento:

“En el presente caso, si bien el demandante cursó la solicitud, en ella se pidió incorrectamente que se conceda (...) el derecho de réplica para efectuar la respectiva rectificación (...) que no está contemplado en la Ley No. 26847, lo cual fue advertido por el demandado y hecho de conocimiento del demandante a través de la carta notarial. En consecuencia, no se han vulnerado los derechos invocados”.

Por nuestra parte, consideramos inadecuada esta interpretación restrictiva asumida por el Tribunal Constitucional. De un lado, porque la Constitución concede el derecho de rectificación no sólo contra afirmaciones inexactas (como reconoce el Tribunal Constitucional) sino también frente a las que pueden agravar los derechos al honor y buena reputación. De



otro lado, porque el contenido de un derecho constitucional, expresamente señalado en la norma, no puede interpretarse restrictivamente en función de lo que señale una ley, que sólo se ocupe del caso de rectificación por afirmaciones inexactas. Finalmente, porque la Convención Americana de Derechos Humanos incluye tanto el derecho de rectificación como el de respuesta o réplica, por lo que este último resulta exigible y no puede ser descartado, de manera genérica, como ha hecho el Tribunal Constitucional.

El derecho de respuesta o réplica constituye una garantía democrática de equidad, al permitir que quien es aludido por una afirmación o información tenga la posibilidad de exponer su versión u opinión de los hechos, sin que se trate exclusivamente de un problema de veracidad o exactitud de lo informado. No es pues una respuesta a cualquier opinión o información, sino a las que nos conciernen y afectan personalmente. Naturalmente su ejercicio debe resultar justificado y sujetarse a reglas de proporcionalidad, que deben ser evaluadas por el órgano jurisdiccional, por lo que consideramos cuestionable la negativa genérica a su aplicación que expresan los fallos comentados del Tribunal Constitucional.

## 7. La apología del terrorismo y las libertades de opinión y expresión.

Cabe tener presente que la Convención Americana de Derechos Humanos, en el numeral 5 de su artículo 13, establece que “estará prohibida por ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan instigaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. Se trata pues de un límite y una prohibición a la difusión de opiniones o expresiones que promuevan el odio o la violencia de cualquier tipo o hagan apología de éstas.

En el ámbito nacional, diversas normas de la legislación antiterrorista contemplaban el delito de “apología del terrorismo”. Estas normas fueron objeto de una acción de inconstitucionalidad, dirigida contra un conjunto más amplio de la legislación sobre esta materia, que mereció una importante sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente No. 010-2003-AI/TC), que declaró fundada en parte la demanda. En el punto IX de la sentencia se aborda este tema específico, señalando:

“35. El Decreto Ley No. 25475, en su artículo 7, precisa que: ‘(s)erá reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que, públicamente a través de cualquier medio hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido. El ciudadano peruano que cometa este delito fuera del territorio de la República, además de la pena privativa de libertad, será sancionado con la pérdida de la nacionalidad peruana’.

35. El Decreto Ley No. 25880, en su artículo 1, sanciona la apología de terrorismo realizada por docentes, en los siguientes términos: ‘(e)l que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo, será considerado como autor de delito de traición a la Patria, reprimiéndosele con la pena máxima de cadena perpetua, quedando la pena mínima a discreción del Juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva. Asimismo será de aplicación la pena accesoria de inhabilitación conforme a los incisos 2), 4), 5) y 8) del artículo 36 del Código Penal’”.

La sentencia se ocupa luego de analizar la tipificación dada al delito de apología del terrorismo, señalando:

“36. (...) la apología no consiste en un acto de instigación, pues no busca determinar a otro para que

se decida a cometer el delito. (...), en el caso de la apología no existe un sujeto concreto receptor del apologista.

37. Si bien la apología no tiene por finalidad provocar nuevas acciones; sin embargo, su dañosidad social radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados (...).

39. Que, en abstracto, el legislador haya previsto como un ilícito penal la apología del terrorismo, no es, *per se*, inconstitucional, toda vez que se persigue, garantiza y protege otros derechos constitucionales, (...) a la par que bienes y valores constitucionalmente protegidos (...).

40. No obstante, (...) siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las libertades de información y expresión son consustanciales al régimen democrático-constitucional, pues contribuyen con la formación de una opinión pública libre. En consecuencia, al mismo tiempo de garantizarlas, el Estado está legitimado a reprimir a aquellas conductas que, con su ejercicio, busquen destruir el propio sistema democrático, ámbito natural donde es posible el goce y el ejercicio de todos los derechos fundamentales del ser humano. Sin embargo, aún en esos casos, la represión penal de esas manifestaciones u expresiones, deben realizarse con el escrupuloso respeto de los límites a los que el *ius puniendi* estatal está sometido, de tal manera que sus efectos intimidatorios no terminen por negar u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de estas libertades preferidas”.

De todo ello el Tribunal Constitucional concluye que:

“41. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 7 del Decreto Ley No. 25475 y, por extensión, el artículo 1 del Decreto Ley No. 25880, son inconstitucionales en cuanto tipifican el delito de apología del terrorismo, en su versión genérica y agravada. En efecto, dichos tipos penales no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella. Ello constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y simultáneamente una violación de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades.

(...) detrás de tipos penales de esta naturaleza, en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno. Por ello, el Tribunal considera que, en el resguardo de

estas libertades, los jueces del Poder Judicial deben ser especialmente sensibles en su protección, y por lo tanto, deberán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal (...)."

En consecuencia, el Tribunal Constitucional consideró inconstitucional la penalización genérica de la apología del terrorismo, por violar los principios de legalidad y tipicidad en materia penal pero, en armonía con el Artículo 13.5 de la Convención Americana, interpreta que la apología sí resulta válidamente sancionable cuando conlleva o supone también una forma de incitación al delito o instigación a la violencia. No sucedería lo mismo cuando se queda en el terreno de la mera opinión o no tiene destinatarios directos que serán incitados al terrorismo o a la realización de actos violentos.

#### 8. Libertad de información, encuestas y procesos electorales

La Defensoría del Pueblo interpuso ante el Tribunal Constitucional una acción de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 191 de la Ley No. 26859 -Ley Orgánica de Elecciones- modificado por el artículo 17 de la Ley No. 27369, por considerarlo violatorio de la libertad de información así como de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad (Expediente No. 02-2001-AI/Tribunal Constitucional). La citada norma prohibía tanto la difusión de proyecciones sobre la votación, realizadas a partir de encuestas "a boca de urna" a los electores, como la difusión de proyecciones basadas en muestras de actas de votación, antes de que se propale el primer conteo rápido a cargo de la Oficina Nacional de Procesos Electorales -ONPE, o de las diez de la noche, lo que ocurra primero. Se trataba, pues, de un lapso temporal de prohibición, por unas horas, para la difusión de proyecciones sobre el resultado electoral elaboradas sobre estas encuestas.

En la sentencia del 4 de abril de 2001, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda. Dicho fallo precisa el tema sometido a análisis de constitucionalidad en los términos siguientes:

"Nótese que en su texto, la norma impugnada no prohíbe el "muestreo" de las actas por las empresas encuestadoras, ni la difusión del número de votos

obtenidos por los candidatos, sino únicamente la difusión de "proyecciones", y ello durante el periodo restrictivo. El Tribunal Constitucional procede pues a pronunciarse sobre la constitucionalidad del texto exacto de la norma impugnada".

En cuanto a sus fundamentos, la sentencia señala:

"Al prohibirse las proyecciones lo que resulta prohibido es el derecho a pensar, ya que lo que la norma prohíbe es realizar la "proyección" de los resultados, negando el derecho a interpretarlos, es decir, a traducir los resultados numéricos en proyecciones mediante una simple operación mental matemática, lo que contraría el inciso 4) del artículo 2 de la Constitución que protege el derecho a la libertad de pensamiento y a la de la información sin trabas de ninguna clase. Dicha protección incluye el derecho a la preparación, elaboración, selección y difusión de la noticia. La libertad de expresión y de información representa un valor básico político, pues es herramienta de control de los gobernantes y previene y detiene las arbitrariedades del poder. Más aún, su constitucionalización corresponde principalmente a tal finalidad. También corresponde a esa finalidad, el sitio privilegiado que ocupa entre los derechos fundamentales, y es por eso que toda limitación impuesta por el gobernante a su ejercicio, debe interpretarse restrictivamente.

¿Es necesaria la medida de retrasar la información al público, respecto a las proyecciones de las encuestas realizadas en base a las actas electorales? El Congreso de la República ha señalado tres razones que justifican tal necesidad: la preservación del orden interno, la protección de la credibilidad de la ONPE, y la credibilidad en los resultados del proceso electoral.

En la contestación a la demanda se expresa que los resultados de las encuestadoras difieren por lo general en proporción no desdeñable del cómputo oficial; que la difusión de las proyecciones puede generar expectativas infundadas e inestabilidad en la población, si no concuerdan con los resultados de la ONPE; que es necesario en estas elecciones extremar los cuidados, habida cuenta de lo ocurrido en las elecciones generales del año pasado, donde las encuestadoras daban por ganador a un candidato y la ONPE a otro, lo que generó desórdenes y desmanes. Es pues, principalmente, en resguardo del orden interno que se hace necesaria la medida restrictiva -sólo por unas horas- a las libertades de expresión y de información, sin que con esto se vulnere el principio de unidad de la Constitución (...). La divulgación de las proyecciones de las encuestas realizadas sobre el muestreo de las

actas de las mesas, tendría entonces -para ser admitida- que influir negativa, inminente y peligrosamente en el orden interno, y, de igual manera, en la credibilidad de la ONPE y en la confianza ciudadana respecto a la legitimidad del proceso electoral (...).

El Tribunal ha sopesado el grado de peligrosidad que entraña la divulgación de las proyecciones de las empresas encuestadoras y ha decidido que no se trata de un peligro grave, claro ni inminente, pues si bien en las elecciones generales del año 2000 se produjeron desmanes, ello fue debido, principalmente, a la particular situación política que vivía el país en esos momentos y a la predisposición de la ciudadanía -respaldada por organismos internacionales que observaban el proceso- para sospechar un fraude electoral, más que al error de las encuestadoras en sus proyecciones respecto al ganador. La gran mayoría de la población es consciente de que los resultados de las encuestadoras no son exactos, y que deben esperar el resultado oficial, pacíficamente, como en efecto ha ocurrido en la gran mayoría de procesos electorales.

Considera el Tribunal que en el momento actual es relativa la gravedad e inminencia del peligro de desórdenes públicos, comparados al valor de la oportunidad para pensar, expresarse e informarse, derechos éstos que tienen los ciudadanos especialmente durante los procesos electorales, pues se trata de hechos en cuya formación han contribuido los propios ciudadanos y cuyos resultados interesan a todos ellos. No habría, pues, proporción entre el grado de peligro y el recorte al derecho de acceso a la información que tienen los ciudadanos (...). El eventual peligro de que la población se confunda y promueva el desorden, puede, por lo demás, prevenirse: bastaría exigir que las encuestadoras adviertan previamente al público que la información que divulgan no es exacta, y que puede ser distinta de los resultados oficiales.

Es cierto, por un lado, que la Constitución no garantiza el derecho a expresarse y a informarse en todo tiempo, en cualquier lugar y de cualquier manera. El Principio de Unidad obliga a que el ejercicio de esos derechos se armonice con el de otros derechos y bienes también fundamentales, entre ellos el orden público interno (artículo 44). Pero también es verdad que los derechos a la libre expresión y a la información tienen un rol estructural en el funcionamiento de la Democracia, ya que ésta no puede existir sin una auténtica comunicación pública libre. Por eso, tales derechos ocupan un lugar privilegiado en la pirámide de principios constitucionales. Esto, el Tribunal lo interpreta en el sentido que si se pretende una

restricción a esos derechos, se debe exigir a la ley restrictiva algo más que una mera "racionalidad" en su necesidad: esta necesidad debe ser imperiosa y urgente. El Tribunal opina que la "necesidad" de retrasar la divulgación de las proyecciones basadas en el muestreo de las actas electorales no es una necesidad social, susceptible de justificar la limitación del ejercicio de los derechos privilegiados a la libre expresión y a la información. Desde este punto de vista, no es respetuosa del principio constitucional de razonabilidad ni al de proporcionalidad".

Con base a estos fundamentos y razonamientos, la sentencia del Tribunal Constitucional concluye señalando:

"Por tanto, concluimos: la adopción de la medida limitadora que se ha cuestionado resulta excesiva y no tolerable en un régimen democrático, donde la libertad de informar sólo puede ser limitada en la medida de lo estrictamente debido. Las encuestas y su difusión y proyección constituyen un importante elemento para conocer lo que piensa un sector de la sociedad, y como tales, representan un medio válido para la formación de una opinión pública, a la vez de representar también un importante mecanismo de control sobre la actuación de los organismos responsables del proceso electoral, y en esa medida, de la propia transparencia del proceso electoral.

En razón de lo expuesto, el Tribunal considera que el segundo párrafo del artículo 191 de la Ley Orgánica de Elecciones, modificado por el artículo 17 de la Ley No. 27369, es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que se derivan del principio del Estado Democrático de Derecho, y a los derechos constitucionales reconocidos en los incisos 2) y 4) del artículo 2 de la Constitución; dejando subsistente la limitación de difundir cualquier información relacionada a la votación hasta la hora del cierre de la misma".

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional ha reafirmado que el derecho a informar y a estar informado sobre un proceso electoral y sus resultados, debe prevalecer. En consecuencia, que la prohibición impuesta a la difusión de proyecciones sobre encuestas "en boca de urna" o muestreo de actas durante un lapso de horas posterior al cierre del acto de sufragio, carece de razonabilidad y proporcionalidad, resultando por ello una medida restrictiva inconstitucional. Compartimos este criterio, que permitió declarar inconstitucional una norma que vulneraba la libertad de información; asimismo que se haya admitido la subsistencia de la prohibición de difundir cualquier resultado o proyección de la votación mientras no se produzca la culminación o cierre del acto de sufragio. <sup>15</sup>