

# Comunicación del discurso y respeto propio. En busca de la equivalencia constitucional\*

VÍCTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

- I. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO MARCO CONCEPTUAL
  - 1.1. La vigencia de las teorías constitucionales
  - 1.2. La Constitución contemporánea
  - 1.3. El transformado sentido de los derechos fundamentales
- II. DIMENSIÓN INDIVIDUAL DE LOS DERECHOS
  - 2.1. Establecimiento de las alternativas de cada derecho
  - 2.2. La doble naturaleza de los derechos fundamentales
  - 2.3. Los elementos configuradores
  - 2.4. El contenido esencial y el accidental
- III. DIMENSIÓN CONCOMITANTE DE LOS DERECHOS
  - 3.1. Derechos, principios y determinación de contenidos
  - 3.2. Curva de situaciones relacionales
  - 3.3. Los criterios de evaluación
  - 3.4. La creación del resultado final
  - 3.5. El ejercicio abusivo de la comunicación del discurso
  - 3.6. La salvaguarda del respeto propio
- IV. CONCLUSIÓN

## INTRODUCCIÓN

Quando se empezó a escribir la tesis «Comunicación del discurso (información y expresión) y respeto propio (honor y vida privada). Determinación de sus contenidos desde la Teoría de los Derechos Fundamentales» (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, 847 pp.) nunca creímos la extensión que esta podría alcanzar y menos aun el enfoque desde el cual lograría realizarse.

El uso de las teorías de los derechos fundamentales nos permitió encontrar un orden metodológico no antes desarrollado en doctrina —motivo por el cual

---

\* El presente texto constituye el resumen de la tesis «Comunicación del discurso y respeto propio. En busca de la equivalencia constitucional», sustentada por el autor el 30 de enero de 2001 para optar por el título profesional de abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

estamos en condición de señalar que presentamos una propuesta original e insólita— para la relación entre los derechos antes mencionados. Por eso, podemos indicar que nuestro esfuerzo servirá para que los que comúnmente se ven afectados en sus derechos al honor y la vida privada puedan encontrar una herramienta útil, moderna y coherente con el ordenamiento nacional para contrarrestar el creciente impulso de los medios de comunicación, para mantener derechos como la expresión y la información casi intocables y preponderantes en la Constitución. Y es que si bien a primera vista el tratamiento de la situación relacional entre estos dos grupos de derechos podrá parecer bastante teórico, estamos seguros de que su aplicación real no es para nada imposible de concretarse.

Entrando ya a la explicación del contenido de la tesis, señalamos que la investigación realizada parte de una base teórica amplia y firme, para luego continuar con el análisis del desarrollo de cada uno de los derechos, y finalmente analizar cómo se relacionan en la realidad honor y expresión, vida privada e información, y honor e información.

## **I. LA TEORÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO MARCO CONCEPTUAL**

Una de las principales innovaciones de nuestro trabajo —tal como ya lo señalamos— se centra en la base teórica ofrecida por las teorías de los derechos fundamentales. Estas se presentan como un esquema dogmático que, coherente y sistemáticamente, buscan explicar los derechos fundamentales enmarcándolos en una constitución concreta o describiéndolos dentro de cierto modelo.

Por eso, es clave analizar las tres cuestiones básicas que presenta una teoría como esta dentro del mundo actual: un cambio ideológico subyacente, la fuerza organizadora de la Norma Fundamental y el renovado sentido de los derechos fundamentales.

### **1.1. La vigencia de las teorías constitucionales**

El cambio ideológico subyacente en el constitucionalismo permite observar cómo los derechos fundamentales han dejado de depender de los estados (relación que se adoptó desde la experiencia inglesa de la

Carta Magna de 1215, y se mantuvo en la Declaración de Independencia de Virginia en 1776, la Declaración Francesa de Derechos de 1789 y en las constituciones rusa y mexicana de inicios del siglo XX) para adherirse, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, al sentido de las normas fundamentales nacionales. Es decir, se ha pasado de las teorías estatales a las teorías constitucionales de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la presencia actual de estas últimas no es uniforme, sino que incluye una serie de posturas con efectividad diversa. Entre ellas, podemos encontrar la liberal (protege a los individuos frente al poder estatal, buscando que así conserven su autonomía privada), la valorativa (los valores sociales se ven reflejados a través de los derechos en la Constitución), la institucional (los derechos no solo amparan a su titular, sino que poseen una realidad vital, es decir, un ámbito objetivo de contribución), la del ejercicio democrático (el encargo cardinal es el fortalecimiento de la democracia participativa), la social (la eficacia de los derechos requiere de una pretensión de prestaciones estatales), la interpretativa (teoría ideal, que acumula las cinco anteriores), la moral-jurídica (el derecho se basa en su fuerza de convicción frente al juez), la argumentativa (busca un razonamiento jurídico racional de los derechos), la multifuncional (recoge la variedad de cometidos que cumplen los derechos en la Constitución) y la de las garantías procesales (las fórmulas procesales logran la vigencia real de los derechos). Sin adscribirnos específicamente a una de estas teorías, sentimos una especial inclinación por la institucional y la argumentativa.

En su aptitud práctica, todas las teorías paradigmáticas deben ser recogidas por las constituciones y estudiadas según los diversos instrumentos que guían la actividad de los estados. En nuestro caso, serán de diligente aplicación, la Declaración Universal, los dos pactos internacionales (para nuestra investigación, más importante será el de Derechos Civiles y Políticos), y la Declaración y Convención Americana — más conocida, como Pacto de San José de Costa Rica—.

## **1.2. La Constitución contemporánea**

La segunda de las cuestiones básicas está referida a entender el nuevo sentido de la Constitución actual. Esta ha de concebirse como la confluencia de lo político y lo jurídico; no solo es la norma que rige todo el ordenamiento, sino además la que busca adaptarse a las cambiantes rea-

lidades sociales de un país, reflejando, por ello, una expresión ideológica producto de un acuerdo de las distintas fuerzas políticas. Al mismo tiempo, requiere ser exigible directamente por parte de los ciudadanos y ser considerada como algo vivo, cambiante y mutable, basada en un sentido de *living Constitution*, donde las normas de los derechos fundamentales adquieren una cualidad de apertura y el intérprete —básicamente el judicial— asume un rol de activista.

Justamente relacionadas con esta nueva visión constitucional, se han propuesto diversas formas en las que se le ha de interpretar: a la visión hermenéutica (se utiliza los elementos gramatical, lógico, histórico y sistemático), le agregamos los principios neutrales (son cinco: unidad de la Constitución, concordancia práctica, eficacia integradora, corrección funcional y efectividad de la Constitución) y las concepciones sociales.

### 1.3. El transformado sentido de los derechos fundamentales

Este tercer presupuesto permite que se conciba a los derechos fundamentales como aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento positivo, dentro de una normatividad constitucional, y que gozan de una sólida y preeminente protección. Sin embargo, los planteamientos que buscan desarrollar el concepto —a través de las teorías antes mencionadas— caen en un esquema reduccionista. Para salvarlo, intentaremos impulsar un concepto integral, utilizando coherentemente los aportes de cada una de ellas.

El superrefuerzo que poseen los derechos fundamentales dentro del esquema constitucional se debe, quizá, a su preponderancia como *norma normarum*. Requieren, para su validez en la realidad, del respeto de la Constitución —tal como ya lo mencionamos— y del Estado democrático de Derecho, pues este representa la posibilidad real de que los derechos se concreten en la sociedad.

Es importante percatarnos que, según la teoría argumentativa, los derechos fundamentales pueden ser de dos tipos, muy diferentes entre sí. Son reglas si es que contienen determinaciones (se cumplen o no); o son principios si es que son mandatos de optimización (ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible), sobre todo si consideramos que la expresión, la información, la vida privada y el honor pertenecen a este segundo grupo.

El análisis de todos y cada uno de los derechos fundamentales debe basarse en la determinación de contenidos, propuesta doctrinal que utiliza el equilibrio de bienes —o ponderación— como método, y que busca eliminar las incertidumbres que cada norma de derecho fundamental presentaba gracias a su característica de apertura. Para lograr este objetivo nos remitiremos a la doble dimensión de los derechos fundamentales. En la individual se establecerán las alternativas de cada derecho, para que en la concomitante se logren distinguir las situaciones relacionales entre dos derechos y, con esa base, determinar sus contenidos.

## II. DIMENSIÓN INDIVIDUAL DE LOS DERECHOS

Esta dimensión requiere dotar de sentido a cada derecho en soledad, y esto debe lograrse a través de la configuración. La expresión y la información (entendidos como derechos de comunicación del discurso) lo harán a través de la concreción, puesto que solamente se clarificará el objeto de protección, debido a que el constituyente ya presentó algunos de sus elementos (como la imposibilidad de control previo o la competencia del fuero común para juzgar delitos cometidos a través de su ejercicio abusivo). El honor y la vida privada (concebidos como derechos de respeto propio) lo harán a través de la Constitución, puesto que recién se determinará el objeto de protección a través de la interpretación.

### 2.1. Establecimiento de las alternativas de cada derecho

Este estudio particular del derecho, decíamos, busca el establecimiento de sus posibilidades de ejercicio —alternativas—, acto que se realizará a través de una operación de prospectiva (es decir, la proyección de datos presentes y predecibles para la construcción de posibilidades de evolución existentes en el momento de los hechos), para luego dar pase a la observación del grado de valoración de los eventos factibles de suceder en cualesquiera de los derechos implicados.

En este esbozo, lo primero a hacer es realizar un ingreso lingüístico. Según el constituyente, la comunicación del discurso incluye cuatro libertades: de información, de opinión, de expresión y de difusión de

pensamiento. Sin embargo, la opinión solamente es la dimensión interna y propia de las ideas, no mereciendo protección ya que cuando se exterioriza se transforma en expresión; y el derecho a la difusión de pensamiento, solo se refiere a la forma en que se presenta el discurso — si se usa un medio de comunicación social— pero consideramos este como un criterio simplista como para constituir un nuevo derecho fundamental. Entonces nos quedamos solamente con expresión e información, y aunque están muy relacionados entre sí (tanto así que un discurso aparece de cuatro maneras distintas: como expresión pura, como expresión unida a información —se analiza a ambas por separado—, como información bajo forma de expresión y como información pura), aparecen como dos derechos diferentes —desechamos, de esta forma, las teorías monistas—, tal como el tratamiento disímil que la Constitución les da y su desarrollo doctrinal heterogéneo nos obliga a pensar.

El ingreso gramatical del respeto propio hace ver que este, según la Constitución, comprende el honor, la reputación y la intimidad personal y familiar. Aunque el legislador los presenta como dos grupos de derechos diferenciados, tan solo debe protegerse el honor y la vida privada. Considerar honor y reputación como derechos, es simplemente adscribirse a una teoría desfasada, como es la fáctica, la misma que ampara lo interno y externo del honor. Y señalar la existencia de intimidad personal y familiar es sencillamente recoger dos supuestos de hecho de un derecho verdadero como es la vida privada. Por ende, los dos derechos que, según creemos, deben ser reconocidos como singulares constitucionalmente, están en una situación de dualidad, es decir, de concordancia, y al mismo tiempo de disimilitud, es decir sin formar parte de un derecho único (como sí lo proponen el *right to privacy* o los derechos a la personalidad y a la identidad).

Luego, se ha de realizar el examen de la realización histórica del derecho. Desde 1821 se reconocen estos derechos: la comunicación del discurso, como libertad de imprenta, la vida privada a través de la correspondencia y el domicilio, y el honor relacionado con la idoneidad social de la persona. La concepción actual es una copia del estilo propuesto para los cuatro derechos en la Constitución de 1979, la cual tuvo como inspiración a la española de un año antes. Por esta razón, el debate del Congreso Constituyente Democrático de 1993 es muy pobre respecto al tratamiento de estos derechos. Lo que sí es conveniente precisar es la *ocassio legis* en el tratamiento de la expresión y la información en la

Constitución de 1979, ya que cuando se dio esta, se salía de una etapa de dictadura militar, razón por la cual se insistió mucho en el hecho de que se prohiba todo tipo de injerencia del Estado en el ejercicio de estos derechos (una muestra muy clara es que los delitos solo se tipificarán por el Código Penal y en el fuero común, evitándose, así, los efectos de los nefastos estatutos de prensa).

Además, es sustancial conectar la norma que nos interesa con la Constitución, ya sea comparándolas con otras (para lo cual utilizaremos los argumentos lógicos del *a pari*, *a fortiori*, *ab minoris ad maius* y *ab maioris ad minus*) o ubicándolas dentro de la Norma Fundamental. Los cuatro derechos se encuentran en el título I, «De la Persona y de la Sociedad», capítulo I, «Derechos Fundamentales de la Persona». Refiriéndonos a la expresión e información, señalaremos que están relacionados con otros derechos que se conectan con el pensamiento. Con respecto al honor y la vida privada, su correspondencia se da con la voz y la imagen (ambos tratados en el mismo artículo que el respeto propio) y con la protección del domicilio y la correspondencia, que hasta ahora se mantienen separados de la vida privada.

## **2.2. La doble naturaleza de los derechos fundamentales**

Todo derecho fundamental posee una doble naturaleza. Tiene dos ámbitos: uno subjetivo y otro objetivo, ahora fusionados (en un proceso de coimplicación recíproca), aun cuando en el pasado estuvieron contrapuestos.

El ámbito subjetivo, surgido de una teoría liberal, propone la protección de la autonomía individual frente al Estado, entendiéndose a los derechos como de mera defensa, *abwerretche*. En la comunicación del discurso, es muy común analizar este ámbito, tanto así que se designa a la información y la expresión como libertades, tal como lo hace nuestra Constitución (la descripción negativa es más que obvia: no habrá control previo, no se permitirá la presencia punitiva del Gobierno, no se podrá suspender o clausurar los medios comunicativos, no se les puede impedir circular libremente ni impedir su creación). Y no es que no sea importante este ámbito (puesto que estos derechos contribuyen a la autorrealización personal), sino que no es el único espacio de su desarrollo. En el caso de los derechos de respeto propio, la fuerza de su naturaleza subjetiva es más contundente: aparte de su natural acerca-

miento con la dignidad de la persona, también los han considerado como derechos de personalidad, propuesta básicamente civilista que habrá de verse superada con su concepción como derechos fundamentales. Sin embargo, la mera adhesión a lo subjetivo en la vida privada y el honor ha hecho que, en múltiples ocasiones, se les minimice, lo cual nos impone que en ellos nos fijemos también en su espacio positivo.

Gracias a la teoría institucional, cada derecho ha asumido una actividad como verdadera garantía de una situación real de libertad que concretará su plan vital (convierte las esferas de sucesos en vida real actualizada). Este es su ámbito objetivo, el cual es muy claro en los derechos a la expresión y a la información. Así, estos aparecen (basándose en las obligaciones positivas de los estados para con ellos, en el acceso a la información administrativa y en la rectificación) como verdaderos derechos que poseen cometidos sociales, en espacios diversos, como el familiar, el educativo, moral y cultural, el comunitario, el económico, el sanitario y, principalmente, el democrático (justamente por esto se señala que estos derechos permiten la formación de la verdadera opinión pública y deben concebirse como la piedra angular de la democracia). Pero, en el otro lado, la situación es distinta. A los derechos de respeto propio casi siempre se les ha negado la posibilidad de contar con un ámbito objetivo. Sin embargo, también el honor y la vida privada coadyuvan al desarrollo democrático de un país, aun cuando lo hagan de forma indirecta, y posibilitan la existencia de una mayor conciencia social (tras el repliegue individual, cada persona mejora su productividad en la sociedad).

### **2.3. Los elementos configuradores**

Además de su doble naturaleza, cada derecho fundamental posee elementos configuradores, aquellos que le dan el sentido de su verdadero existir. Son de dos tipos, los objetivos (bien jurídico y supuestos de hecho) y los subjetivos (titular y destinatario).

El bien jurídico tutelado es el interés protegido por el derecho por ser vital para la persona o la comunidad. Tanto el derecho a la información como a la expresión protegen discursos y no actos, pero el primero se centra en los aspectos noticiables de la realidad y el segundo —cuyo bien jurídico es la opinión— en la formación de conjeturas o ideas sobre algún tema determinado. Por su parte, el honor debe ser observado, aban-



donando posturas fácticas, normativas y algunas mixtas, como la competencia y suficiencia de la persona de estar y actuar en la sociedad — mejor dicho, en la comunidad— como parte integrante de ella y siendo reconocido como tal. En tanto, la vida privada protege todo espacio y dato espiritual (que no es lo mismo que señalar que no tiene repercusión económica) que permita a la persona mantener una identidad propia, encontrarse a sí misma y de esta forma volcarse a la sociedad.

Los supuestos de hecho se refieren a las acciones subsumibles dentro de la norma de derecho fundamental. Los derechos de comunicación del discurso poseen dos supuestos: el acceso (llegar al discurso de los demás) y la transmisión (difundir el nuestro). El acceso, que incluye la búsqueda y la recepción, se ha desarrollado en mayor medida en la información que en la expresión con la presencia constitucional del acceso de los particulares a las fuentes informativas. La difusión de la expresión es más sencilla que la de la información; esta requiere de preparación, elaboración, selección y propiamente la propagación de la noticia, mientras que aquella, solamente el mero acto divulgador de la opinión.

Los derechos de respeto propio incluyen en sí también dos supuestos: la protección y la proyección. En la primera, el honor es más sencillo, al encontrar en sí mismo, una dignidad particularizada, concepto que no se corresponde con el principio constitucional de la dignidad. La vida privada, por su parte, posee dos elementos, cada uno de los cuales posee diversas partículas de exigencia constitucional (la intimidad incluye la personal, la familiar y el domicilio; la no-revelación de datos personales comprende el banco de datos, las comunicaciones interpersonales, el secreto profesional, los datos sensibles y las memorias personales y familiares). El respeto como proyección, encuentra en el honor concretos planos en los cuales actúa, como en la familia, en un conflicto armado y en el ámbito profesional; y en la vida privada, nociones como la autonomía y la autodeterminación informativa, siendo esta última, quizá la que ha asumido la vanguardia en el derecho por su facilidad para resolver las nuevas cuestiones que la modernidad trae consigo.

Luego de revisar los elementos objetivos, es menester centrarnos en los subjetivos. El titular es el beneficiario de la protección de los derechos. En el caso de la comunicación del discurso, la titularidad es universal, pertenece a cada uno de nosotros. Sin embargo, existen casos específicos que merecen nuestra atención, como los del periodista (no

requiere colegiatura y posee las garantías del secreto profesional y de la cláusula de conciencia, esta última no habilitada en el país), el propietario de la empresa periodística, el director de cine, el guionista, los autores de libros y artículos, el público en general (especie de interés difuso en el cual el titular se centra en la recepción del discurso) y las personas jurídicas (solo cuando emiten un mensaje por sí solas, no como empresa periodística). En el caso de los derechos de respeto propio, el titular clásico ha sido la persona humana (hasta antes de su fallecimiento) pero se ha ido avanzando en doctrina hasta poderse incluir a los concebidos (solo para el caso del honor), a las personas jurídicas, con argumentos a nuestro entender convincentes (incluso refiriéndose a la vida privada) y a los colectivos (sobre todo relacionado con su honor).

El destinatario es frente a quien el titular hace efectivo su derecho. Ya no solo lo es el Estado (postura clásica liberal), sino que asumiendo la doctrina del *drittwirkung*, también lo son los particulares, tal como lo asume la Constitución. Además, el Estado obtiene un papel positivo y ya no solamente negativo (según el cual únicamente se evitaba afectar un derecho). Por ello, dentro de la comunicación del discurso, este actúa directamente a través de tres medidas: logrando efectividad (informar al público y evitar todo tipo de control sobre los medios, ya sean directos o indirectos), sancionando adecuadamente y buscando el pluralismo (para lograr la formación de la voluntad de los ciudadanos). Además, se debe buscar la vigencia de estos derechos frente al poder privado y, en el caso del público, frente a los periodistas y propietarios de los medios. Pero, en los derechos de respeto propio, no es específicamente el Estado el principal destinatario, poniéndose en evidencia de mejor forma, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales; el honor y la vida privada están dirigidos principalmente a los titulares de la comunicación del discurso.

#### **2.4. El contenido esencial y el accidental**

Ahora corresponde analizar los dos contenidos que poseen cada uno de los derechos fundamentales. Uno es esencial, el otro accidental, estando el primero relacionado con los límites internos, y el segundo con los externos.

El contenido esencial, entendido inicialmente como un *schrankschrank*, límite a los límites, en el constitucionalismo contemporáneo

aparece como el núcleo duro, de valor absoluto, que permite a cada derecho hacerse reconocible frente a los demás. Y aun cuando no exista una norma dentro de la Constitución que reconozca su validez, ella no será necesaria (su valor sería meramente declarativo) si tomamos en cuenta que el contenido esencial se convierte en parte real de cada derecho. La información encuentra su contenido esencial en la veracidad, entendida esta como el deber de diligencia mínimo de la persona para presentar una noticia (en caso contrario, se presentaría una información inexacta, ya sea errónea, como acto inconsciente, o falsa, como acto deliberado para engañar). La expresión, por su parte, detenta a la congruencia, según la cual el discurso expuesto será imprescindible con el objetivo de que el receptor entienda el mensaje de la opinión (lógicamente no se requerirá veracidad para la expresión). Ambas sugerencias tienen un asidero más o menos consistente en doctrina, a diferencia de lo que sucede en el respeto propio, en el que proponemos considerar a la simetría como el contenido esencial del honor, entendida como el mantenimiento del interés relacional de las personas (impidiéndose que se les rebaje o aisle socialmente), y a la corporeidad como el de la vida privada, es decir, la existencia de situaciones fácticamente comprobadas (no se le puede vulnerar con la ilusión ni con la imaginación).

El contenido accidental se refiere a la relación que posee un derecho con los demás y que establece sus límites externos. Como clásicos límites de la comunicación del discurso encontramos a la tutela del Estado (seguridad nacional, orden público, garantía de autoridad e imparcialidad del Poder Judicial e igualdad en los procesos electorales), los problemas nacionales, la protección de la moral, la protección de la propiedad intelectual y de los consumidores, la protección de sectores especiales de la población (juventud y menores), la proscripción de proselitismo de la guerra y el odio nacional, y los derechos a la voz, imagen, vida privada y honor. Además, deberá diferenciarse del derecho a la creencia y los derechos a manifestar una idea no discursiva (comunicación lingüística, voto, creación y enseñanza). En tanto, el respeto propio posee como límites a la tutela del Estado (seguridad nacional, prevención de desórdenes o crímenes y administración de justicia), los problemas nacionales (caso de desastre nacional y salvaguarda de la salud), la protección de la moral y los derechos a la expresión y a la información. Además, deberá diferenciarse de la imagen y la voz (más

aun si se encuentran en el mismo artículo constitucional), de la creencia, de la presunción de inocencia y de la vida, todos estos también derechos fundamentales.

### III. DIMENSIÓN CONCOMITANTE DE LOS DERECHOS

Entonces, como observamos, el respeto propio y la comunicación del discurso se detentan como límites, y es que dentro de la determinación de contenidos, la base del trabajo del intérprete se centra en encontrar el correcto contenido accidental de los derechos. A eso está referida la segunda dimensión que posee cada uno de los derechos fundamentales: la concomitante.

#### 3.1. Derechos, principios y determinación de contenidos

Decíamos, desde el punto de vista argumentativo, que los derechos pueden ser reglas o principios. Las primeras cuando se relacionan entran en conflicto, es decir, como estas se cumplen o no, la solución se centra eliminando una de las reglas o creando una excepción. Justamente esto es lo que se ha querido hacer con los principios, cuando su naturaleza es radicalmente distinta, puesto que es objeto de optimización. Entonces, las sugerencias de las *preferred freedoms* (dentro de una teoría valorativa) o cualquiera que asuma jerarquía entre los derechos, asume el conflicto entre principios, y será, por lo tanto, rechazada. Así, se ha propuesto la primacía del honor y la vida privada sobre la expresión y la información, basándose en el orden en que los instrumentos internacionales reconocen los derechos, y la primacía contraria, basándose justamente en dichas libertades preferentes.

Pero, los derechos fundamentales deben ser entendidos primordialmente en un sentido de integralidad como parte de una Constitución, y que se encuentran, basados en su extensión de igualdad, en un estado de perfección. Esta equivalencia ha sido reconocida por los colisionistas, pero solo de manera parcial, puesto que solo lo hacen en el plano abstracto, al negarlo en el concreto, dentro del cual consideran una prevalencia de uno de ellos. Así, si asumimos la postura de las teorías liberal (asumiendo el *in dubio pro libertate*) o moral-jurídica (a través de la respuesta correcta y al ser un triunfo sobre la mayoría) podemos encon-

trar la prevalencia del respeto propio. En cambio, si asumimos un análisis institucional del tema, tomando en cuenta su mayor eficacia para la democracia (y su efecto irradiante), llegaremos, por el contrario, a la prevalencia de la comunicación del discurso. Por ello, la propuesta de la colisión nos parece, más que errada, incompleta, puesto que se siente incapaz de proponer la igualdad real entre los derechos, propósito que tratamos de lograr a través de la determinación de contenidos.

Así, si asumimos el criterio de coordinación en función unificante (reforzado con las propuestas de las reglas de preferencia de los argumentativos, de la triple condición promovida por la Corte Interamericana y del contenido propio y límites internos institucionalistas), podemos llegar a concebir a los derechos fundamentales en situación de igualdad concreta, razón por la cual —reiteramos— utilizaremos la ponderación como método para encontrar dicha igualdad. Entonces, nuestro principal rol será encontrar la relación adecuada entre el respeto propio y la comunicación del discurso.

### **3.2. Curva de situaciones relacionales**

Lo primero que debemos hacer para encontrar la determinación final de los contenidos de dos derechos en relación es identificar las alternativas de cada uno de ellos, lo cual ya hemos repasado *supra*, para a partir de allí crear la curva de situaciones relacionales.

En conclusión, las alternativas de la información son: la búsqueda de informaciones por parte de los particulares y periodistas, la recepción de informaciones por parte de la población, la difusión de informaciones a través de medios periodísticos, la difusión de informaciones a través de relatos reales, la difusión de informaciones a través de Internet y la difusión de informaciones a través de medios privados. Las alternativas de la expresión son: la búsqueda de opiniones por parte de los particulares y los periodistas, la recepción de opiniones por parte de la población, la difusión de opiniones a través de medios periodísticos, la difusión de opiniones a través de discursos imaginativos, la difusión de opiniones a través de Internet y la difusión de opiniones a través de medios privados. Las alternativas del honor son: el individual, el de las personas jurídicas y el de los colectivos. Las alternativas de la vida privada serán: la intimidad, la no revelación de datos, la autonomía y la autodeterminación informativa.

Ahora corresponde continuar con el equilibrio de bienes. Para ello debemos tomar en cuenta tres pasos. El primero se refiere a la adecuación a los parámetros constitucionales: consistencia propia de la Constitución (busca un grado de coherencia en ella), concordancia interna (relacionada con el acto de optimización), actualización de las normas constitucionales (efecto integrador ante el cambio social) y adaptación axiológica (análisis de las normas políticas de la Constitución, como son los valores y principios —estos últimos ya no entendidos en el sentido argumentativo—, y los preámbulos). El segundo paso se refiere a la utilización de las ciencias humanas y morales. Finalmente, prevendremos las consecuencias que nuestro acto interpretativo conlleva.

Con esta base, se construye la curva de situaciones relacionales de los derechos, combinando los dos espacios de contingencias de los derechos por separado. Entre expresión y honor se forman las siguientes relaciones: acceso a opiniones y honor en general, difusión de opiniones por medios periodísticos y honor individual, difusión de opiniones por medios periodísticos y honor de personas jurídicas, difusión de opiniones por medios periodísticos y honor de colectivos, difusión de opiniones a través de discursos imaginativos y honor individual, difusión de opiniones a través de Internet y honor en general, y difusión de opiniones a través de medios privados y honor en general. Entre información y vida privada se crean las siguientes relaciones: recepción de informaciones y autonomía, recepción de informaciones e intimidad, búsqueda de informaciones y no revelación de datos personales, búsqueda de informaciones y autodeterminación informativa, difusión de información a través de medios periodísticos y vida privada, difusión de informaciones por relatos reales y vida privada, difusión de informaciones a través de Internet y vida privada en general, y difusión de informaciones a través de medios privados y vida privada en general. Entre información y honor se organizan las siguientes relaciones: acceso a informaciones y honor en general, difusión de informaciones a través de medios periodísticos y honor individual, difusión de informaciones a través de medios periodísticos y honor de personas jurídicas, difusión de informaciones a través de relatos reales y honor en general, difusión de informaciones a través de Internet y honor en general, y difusión de informaciones a través de medios privados y honor en general.

### 3.3. Los criterios de evaluación

En las curvas creadas, se aplican los criterios de evaluación, para que tomando en cuenta los datos del coste y beneficios —absolutos y marginales—, se pueda finalmente determinar los contenidos de ambos. Encontraremos dos grupos de criterios, siendo los primeros los genéricos, aquellos que se aplican a toda situación relacional. Estos son conocidos como la prohibición de exceso, que incluye tres criterios. La adecuación observa si el resultado es suficiente y racional con la Constitución, por lo que se requiere que la norma que proteja los derechos sea accesible y previsible. La necesidad importa la ausencia de otra solución más efectiva y apropiada que la que se esté tomando, siendo trascendental el análisis de su prescindibilidad o no; para ello, se basará en la confluencia de la eficiencia (óptimo de Pareto) y de la eficacia (rendimiento funcional de la Constitución). La proporcionalidad está destinada al estudio de la pertinencia del resultado, es decir, la conveniencia constitucional del objeto de la determinación.

Conjuntamente con estos criterios genéricos, en el caso de la relación del respeto propio y la comunicación del discurso, se requieren de dos específicos, los cuales serán conocidos con el nombre de desarrollo colectivo, por ser esenciales e imprescindibles para fundar una base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de la colectividad. El primer criterio es el de la proyección pública, el cual si bien reconoce de que el respeto propio siempre va a existir en las personas, no es menos cierto que en algunas de ellas (cuya presencia social es gravitante, que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad o que desempeñan actividades públicas), la protección se sustrae por la importancia de sus actividades y su posibilidad de respuesta ante un ataque desmedido. El otro criterio es el del interés del público, el mismo que no se encuentra vinculado abstractamente con la formación de la opinión pública, sino con una concepción descriptiva de la misma, asumiéndose el discurso que interesa a una parte de la sociedad plenamente identificable y con tendencias similares.

### 3.4. La creación del resultado final

Asumiendo el grado de deseabilidad de la solución adoptada, se construye un resultado final. Pero —como ya señalamos— esta solu-

ción no es una tarea de todo o nada, sino una labor de optimización. Para lograr encontrar el campo de cada uno de los derechos en juego se podrá acudir a la jurisprudencia y la legislación.

Iniciemos con la expresión «y al honor». Como cuestión preliminar, consideramos dentro de la primera, toda crítica que no sea vejatoria ni insultante. Por ende, se protege como parte de la expresión el calificar, dentro de un volante, como cuervo y subastero al adjudicatario de una vivienda o considerar a un policía como una persona con actitud criminal, el reclamo por la situación deplorable de un ser querido, juzgar a un jefe abusivo como represivo y recalcitrante y al aciago maestro de su hijo como sinvergüenza e hipócrita, la ofensa con ánimo defensivo en un proceso, la crítica a la gestión urbanística de un alcalde, considerar a un político como inmoral, indigno y oportunista, transmitir el sentimiento nacional respecto a un ex presidente, calificar como rasputín a un oscuro asesor presidencial, señalar a un profesor como marxista, juzgar como incapaz a un dirigente deportivo, calificar a un empleado como franela y escobilla, recoger el sentimiento de ineficacia del Poder Judicial, tener por loco y payaso a un entrenador de fútbol, señalar los errores del Estado en sus contratos, pensar que el Estado puede estar detrás de crímenes o que la Policía es un poder clandestino y negro o usar un fotomontaje con una simbología política. Pero se ha extralimitado el uso de la expresión, para ser parte del honor, en casos como aquellos que incluyen relacionar afectivamente a una alcaldesa con un miembro del Gobierno, señalar que un político no tiene escrúpulos solo porque este opinara sobre un tema de interés, burlarse de los defectos físicos (como decirle *pedrusquito*) y la valía moral de un diputado, considerar irónicamente como estafador a un empresario, señalar que un policía es un maldito fascista y condenado chantajista, considerar basura a los congresistas, no considerar como holocausto la muerte de judíos por parte de alemanes, presentar a través de fotomontajes a personajes de la farándula como partes de una orgía o a políticos como puñaleros, señalar que la primera vez de un pastor fue con su madre en una letrina, aun cuando se señale que se trataba de una parodia o calificar, en Internet, como hombres en negro a aquellos que son contrarios al régimen.

Con respecto a la información y a la vida privada, lo único que se requiere es que la noticia que se presente sea verdadera. Son parte de la información, la solicitud de datos anónimos de viajes de vacaciones de las personas, identificar a las personas involucradas cuando se cubría un



divorcio, establecer como rebelde a una terrorista dentro de informes secretos de la Policía, interceptar llamadas con la orden de un juez ante una sospecha criminal, revelar hechos ya publicados sobre la vida amorosa de un famoso, señalar que el piloto de un avión accidentado tenía problemas emocionales o fotografiar a una artista haciendo *topless* en una embarcación cerca a la playa. Pero, afecta la vida privada —es decir es parte de ella— una transmisión en cadena (daña la autonomía), el intento de ingreso al domicilio por parte de los agentes publicitarios o religiosos, evitar la revelación datos personales de menores a cargo de la Administración, revelar en un proceso penal una historia clínica incautada, hacer pensar a la persona que está realizando una confesión sacerdotal, la exhibición de documentos sobre divorcio de un empleado, presentar datos específicos del matrimonio de unos famosos, la fotografía de un automóvil con el frontis de la casa de una persona de fondo, señalar que un ministro de Estado es cliente de un local de *call-girls*, establecer los nombres completos de una menor violada, la interceptación de las llamadas telefónicas de la oposición de un país por el Servicio de Inteligencia, contar cómo se realizó la adopción de un menor, mostrar las imágenes de la agonía de una persona, por más famosa que sea esta, señalar que el piloto de un avión accidentado era un mujeriego, revelar que un arquitecto padecía sida, fotografiar a una artista desnuda en una embarcación bastante alejada de la costa o dentro de su domicilio, la amenaza de la publicación de una carta personal, denegar el pedido de un extranjero de radicar en un país por pertenecer a determinada religión, saber en la felicidad o no de un matrimonio de artistas, exhibir una película que escarba sobre el pasado turbulento de una mujer rehabilitada, contar los actos sexuales con una ex pareja famosa, relatar los secretos de un amigo fallecido sin consentimiento de su cónyuge o recordar el pasado de un niño prodigio que abandonó voluntariamente su fama.

Por último analicemos la situación relacional entre información y honor. Dentro de la primera encontramos la denuncia de las actitudes sospechosas de un individuo, el pedido de investigación sobre alguien, solicitar garantías contra una persona que acosaba a una mujer más aun si fueron otorgadas, solicitar a través de una carta que se aclaren unas declaraciones del receptor, señalar que un establecimiento comercial no tenía licencia de funcionamiento, rectificar por propia voluntad una noticia con inexactitudes respecto a compras militares, presentar a alguien

como un presunto narcotraficante cuando las investigaciones periódicas así lo demuestran y no lo desvirtúa su propia declaración, descubrir que un diputado cobraba dietas por viajes cuando no lo hacía, señalar que un fiscal había influido para que se absuelva a su sobrina, descubrir un autocontrato en una federación deportiva, indicar a un general como autor de múltiples violaciones de derechos humanos, presentar una noticia en la que se involucra un congresista con delincuentes, señalar que un político realizaba grandes fiestas en su domicilio afectando la paz comunitaria, precisar el nexo entre un estafador con un ministro, aunque se yerre en el grado de familiaridad entre ambos o señalar actos irregulares de un diplomático. Por su parte, se protege el honor, cuando se ejerza abusivamente la información, casos como en los que se atribuye falsamente a una persona un secuestro, señalar que una persona es una prostituta y que se ha acostado con toda la Administración, apuntar que una señorita que ganó un premio lo hizo justamente por utilizar prendas interiores cuando normalmente nos la usaba, mentir sobre la finalidad de la recolección de medicinas, equivocarse sobre la fuga de una joven de un convento con un sacerdote, mostrar como fallecido a quien no lo estaba con el motivo de hacerle una broma, presentar a un periodista como parte de un complot contra el Estado, señalar que un congresista ha sido expulsado de un club, presentar erradamente una noticia sobre el portar armas por parte de un diputado, designar como ex presidario a un regidor cuando nunca lo ha sido, reseñar la actuación policial con excesos respecto al trato de una manifestación, mostrar las fotos de un ministro cuando se señalaba que existían políticos relacionados con un narcotraficante, hacer aparecer como delincuente y ofrecer una recompensa por su captura a una persona que nunca ha estado relacionada con actos delictivos, señalar equivocadamente que una empresa sobornó a la Policía por no haber sido multada o realizar un documental sobre un asesinato de años atrás cuando uno de los delincuentes iba a salir de la cárcel.

### **3.5. El ejercicio abusivo de la comunicación del discurso**

A partir de haber determinado correctamente el contenido accidental de los derechos en relación, se puede observar que el ejercicio de uno de ellos puede ser abusivo. Esto es lo que se consideraba como una colisión. Sin embargo, el problema no es de los propios derechos, ya

que entre ellos se mantiene su concordancia y correlación; sino del titular de los derechos de comunicación del discurso que en el ejercicio de su derecho se excede, subsumiéndose su acción dentro del ámbito de protección de otro (en este caso, honor o vida privada).

Para considerar el ejercicio como abusivo nos centramos en tres aspectos. El primero es el discurso perjudicial, según el cual es necesaria la existencia de un enunciado factual, es decir uno que señale y muestre algo de la realidad (rechazándose la tautología, el enunciado excesivamente general y la hipérbole) y es requerido para su transmisión cualquier medio de difusión (y no tan restrictivo como uno de comunicación social, tal como lo presenta la Constitución), a través de una palabra oral o escrita y la imagen, motivo por el cual es perfectamente válido el ejercicio de la comunicación del discurso a través de volantes, siempre y cuando los responsables estén plenamente identificados.

El segundo aspecto es la ausencia de consentimiento, razón por la cual este es considerado como el elemento negativo del respeto propio. Está referido a la aceptación por parte del titular del honor y la vida privada para que otro, a través del ejercicio de su derecho, ingrese en el ámbito de protección del suyo. Puede ser directo (expreso, entendido como consentimiento claro e ineludible, y tácito; como uno que si bien no es rotundo ni abierto, crea convicción en el otro) e indirecto (cuando media una situación controvertible por parte del titular del derecho). La vida privada puede ser consentida en todos estos tipos, mientras que el honor solo en el último caso. Pero, si se quisiera revocar el consentimiento, el titular tendrá el derecho a hacerlo, pero pagará una indemnización a quien resulte dañado con su acto.

El último elemento está referido a la forma de vulneración. A partir de la comunicación del discurso, se puede ejercer respetando su contenido esencial (analizándose los criterios estudiados) o sin el respeto a él (la expresión no será congruente ni la información veraz). A partir del respeto propio, es lógico que solo puede afectarse la vida privada con hechos reales, mientras que para el honor sería irrelevante la verdad o no del discurso. La responsabilidad será atribuida a todo aquel que emita un discurso o tenga relación con su emisión y se centrará en la existencia de dolo o culpa, salvo en el caso del ámbito penal en el que los directores y editores no serán responsables, y en el que se requerirá solamente dolo. Lo que sí no podrá aceptarse, en ningún caso, es la responsabilidad objetiva.

### 3.6. La salvaguarda del respeto propio

Habiendo concebido de esta manera el ejercicio abusivo de la comunicación del discurso, se debe ver, a continuación, cómo se salvaguarda el respeto propio en el país. Esto se da ya sea a través de la tutela judicial del honor y la vida privada o controlando la acción de los medios de comunicación social.

Judicialmente, la defensa puede darse de dos formas: una anticipada y otra posterior. Sobre la protección *ex ante*, existe una rica discusión doctrinal basada, de un lado, en el amparo preventivo —o en una medida innovadora—, y de otro, en la imposibilidad de control previo. Si bien para algunos este impedimento refleja una intención del constituyente de dotar a la comunicación del discurso de un cierto valor superlativo, creemos que basándonos en la coherencia y plenitud constitucional, no puede asumirse la ineficacia parcial de un derecho, aun cuando la opinión consultiva de un organismo americano así lo señale. Además, si la imposibilidad de control previo lo consideramos como garantía de un derecho, esta también aparece como limitada. Y si nos percatamos de que esta referencia al control es una regla, entonces podrá crearse una excepción, asentada en el amparo preventivo: «toda persona ejercerá sus derechos a la expresión y a la información sin previa autorización, ni censura ni impedimentos algunos, salvo que exista un hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución», dentro de los cuales lógicamente encontraremos a los de respeto propio. Entonces, hemos de asumir la posibilidad de una tutela preventiva, aun cuando el Poder Judicial pueda aún resultar una amenaza latente para los medios de comunicación social.

Donde no queda duda acerca de la protección es en el caso de la protección *ex post*. Dentro de la propia Constitución, se nos ofrecen varias formas de salvaguardar el respeto propio: dos garantías constitucionales (el amparo y el hábeas data) y un procedimiento específico (la rectificación). Además, según la propia Norma Fundamental, se podrá acudir a la vía penal para tutelar estos derechos, y, aunque no lo dice expresamente, también uno lo podrá hacer en la civil. Cada una de estas opciones que nos brinda el ordenamiento posee características particulares, según las cuales el afectado podrá optar entre ellas.

Además de esta actividad de la judicatura, se propone también la vigilancia de los propios medios. Y esto se puede dar de dos formas

diversas: a través de la intervención legislativa o gracias a una autorregulación. La primera de ellas no se ha presentado de manera explícita en el Perú. Definitivamente no estamos ante una institución, en el sentido constitucional, puesto que no se ha fortificado la empresa periodística para convertirla en un ente organizador de la sociedad. Mucho más cercana a la realidad es la concepción de los medios como servicios públicos, sobre todo a manera de concesión (licencia de funcionamiento), asumiendo la característica peculiar de la emisión de señales en radio y televisión. Sin embargo, la idea aún no ha sido apelmazada en el país, a diferencia de otras experiencias.

Lo que sí ha ocurrido en el Perú, aunque aún de manera primigenia, es el autocontrol de los medios a través del Consejo de Prensa Peruano. Con este planteamiento, no solo los medios se comprometen a actuar con responsabilidad social sino además el público puede encontrar una forma adecuada de salvaguardar sus derechos al honor y a la vida privada en la realidad (básicamente en los casos de rectificación). Esta figura del *Ombudsman* hará que los medios encuentren su norte y su verdadero objeto en la sociedad, y se olviden un poco del sensacionalismo y mercantilismo que en la actualidad los obnubila.

#### IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, la idea central del trabajo se centra en demostrar la eficacia teórica y práctica de la igualdad entre expresión, información, honor y vida privada en el constitucionalismo contemporáneo. El meollo de esta actuación está en la determinación de sus contenidos.

Esta se logrará, primero, presentando las posibilidades de cada derecho en soledad, para luego, relacionando dos de ellos, crear una curva de situaciones relacionales. En ella se aplicarán los criterios de prohibición de exceso y desarrollo colectivo, para realizar la bisección adecuada de aspectos tutelados. A partir de esta perfecta delimitación de los derechos, el titular de la comunicación del discurso podrá afectar los de respeto propio, si utiliza los primeros de manera abusiva, motivo por el cual buscaremos encontrar los mecanismos convenientes para proteger los derechos perjudicados.