

# La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos\*

BETZABÉ MARCIANI BURGOS

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN.

1. LAS TEORÍAS SOBRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL APORTE DE LA DOCTRINA NORTEAMERICANA
  - 1.1 EL ARGUMENTO DEMOCRÁTICO-POLÍTICO
  - 1.2 RESPUESTAS A LAS TEORÍAS DEMOCRÁTICO-POLÍTICAS
  - 1.3 LAS TEORÍAS HUMANISTAS
2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE Y LA TESIS DE LA POSICIÓN PREFERENTE: INFLUENCIA DE LAS TESIS DEMOCRÁTICO-POLÍTICAS
  - 2.1 LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL
  - 2.2 LA POSICIÓN PREFERENTE DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
3. INCONSISTENCIA DE LA PROPUESTA REFERIDA A LA POSICIÓN PREFERENTE DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LA DIGNIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR DEL SISTEMA JURÍDICO Y POLÍTICO

### CONCLUSIÓN

- \* *Este texto recoge los principales temas desarrollados en la tesis titulada “¿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”, sustentada por la autora en agosto de 2003 para optar el título de abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y publicada – con algunas modificaciones– en 2004 por Editorial Palestra bajo el título “El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes”. En dicha tesis, se analizan, a lo largo de 3 capítulos, las diversas teorías sobre los fundamentos del derecho a la libertad de expresión, teniendo como hilo conductor el estudio del humor crítico –representado por la sátira y la parodia– en tanto manifestación de este derecho fundamental. En este artículo, se presenta el problema y la hipótesis principal de la tesis, con especial referencia a las teorías sobre los fundamentos de la libertad de expresión. Por razones de espacio, no será posible desarrollar el tema de la expresión humorística, los diversos derechos y bienes jurídicos constitucionales con los que la libertad de expresión entra usualmente en conflicto, y otros temas que se desarrollan ampliamente en el trabajo original.*

## INTRODUCCIÓN

El derecho a la libertad de expresión es un derecho fundamental de la persona humana que está referido a la protección —frente a intromisiones estatales o de particulares— de las expresiones, opiniones e informaciones<sup>1</sup> vertidas por cualquier individuo. Se reconoce como fundamento de dicho derecho (así como de todos los demás derechos fundamentales) a la dignidad del ser humano: principio axiológico que rige nuestra Constitución, que deriva de la naturaleza autónoma y racional del ser humano, y que, en su fase dinámica o positiva, se concreta en el libre desarrollo de la personalidad.

Esta concepción del derecho a la libertad de expresión como derecho subjetivo, tributaria de la visión individualista de los derechos fundamentales que es propia del liberalismo del siglo XIX, evolucionó en épocas recientes hacia una concepción que involucra también el enfoque social o colectivo del derecho, a partir de los beneficios que su ejercicio produce para la comunidad. Concretamente, debido a su contribución en el desarrollo de los presupuestos necesarios para la subsistencia del sistema democrático de gobierno, como son la formación de la opinión pública libre y el pluralismo político.

En el contexto de la actual y recurrente referencia a la idea de una democracia deliberativa, la justificación de la protección de la libertad de expresión descansa más que en el primigenio argumento individualista, derivado de las nociones de dignidad y autonomía, en su utilidad o garantía de los presupuestos del sistema democrático antes señalados. Esa justificación parte de las denominadas teorías democráticas del derecho a la libertad de expresión, de raigambre norteamericana, y ha servido para asignarle una posición privilegiada frente a otros derechos o bienes jurídicos constitucionales, siempre y cuando involucre la comunicación de expresiones tendentes a la formación de la opinión pública.

En el presente artículo se pretende responder a la pregunta de si es posible, en nuestro marco de valores y principios constitucionales, establecer una posición preferente del derecho a la libertad de expresión. Esto supone cuestionar la validez del argumento democrático-político que está en la base de dicha propuesta, así como analizar los argumentos alternativos que se proponen a partir de las diversas teorías que buscan fundamentar este derecho.

### **1. LAS TEORÍAS SOBRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL APORTE DE LA DOCTRINA NORTEAMERICANA**

Desde que John Milton escribió en 1644 su discurso a favor de la libertad de imprenta, titulado “Areopágica”, muchos autores han sostenido diversas teorías para fundamentar y defender el derecho a la libertad de expresión. Así,

---

<sup>1</sup> En el caso de la libertad de información, se reconoce también el derecho de acceso a ella.

es posible distinguir entre las teorías epistemológicas, que ven a la libertad de expresión como un mecanismo de acceso a la verdad y al conocimiento que, en última instancia, conduce al desarrollo personal y social (como las de John Stuart Mill, Oliver Wendell Holmes, etc); las teorías democrático-políticas, de corte utilitaristas; las teorías humanistas, que conciben a la libertad de expresión como manifestación de la dignidad del ser humano y enfatizan su contribución en la autorrealización del individuos; las teorías integradoras; etc.

### 1.1 EL ARGUMENTO DEMOCRÁTICO-POLÍTICO

Sin lugar a dudas, son las teorías democrático-políticas las que están en la base de los actuales postulados a favor de la primacía del derecho a la libertad de expresión —frente a otros derechos o bienes jurídicos constitucionales— cuando constituye una herramienta para el afianzamiento del sistema democrático; esto es, cuando contribuye efectivamente a la formación de la opinión pública libre.

Las teorías democrático-políticas acerca de la libertad de expresión reconocida por la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana surgen a mediados del siglo XX y resaltan el carácter esencial de este derecho para el sistema democrático de gobierno, por sobre cualquier otra consideración de corte individualista. Según estas teorías, sólo el debate sobre los temas estrictamente políticos es protegido de manera absoluta por la Primera Enmienda. Entre los autores que sostienen estas teorías, aunque con importantes variantes, se encuentran Alexander Meiklejohn<sup>2</sup>, Robert Bork<sup>3</sup>, Robert Post<sup>4</sup> y Owen Fiss<sup>5</sup>. Cabe señalar que estas han sido las teorías predominantes en la judicatura y la doctrina norteamericana referida a la Primera Enmienda durante buena parte del siglo XX, y continúan hoy en vigencia.

Alexander Meiklejohn, el fundador de las teorías democrático-políticas, sostiene que el derecho a la libertad de expresión reconocido por la Primera Enmienda no es un simple derecho subjetivo dirigido a la autorrealización del

<sup>2</sup> MEIKLEJOHN, Alexander. "Testimony on the Meaning of the First Amendment", 1955 (<http://w3.trib.com/FACT/1st.meikle.html>); "The First Amendment Is an Absolute". *Supreme Court Review*. N° 245, 1961. Fragmentos seleccionados En: *First Amendment Anthology* (Donald Lively, Dorothy Roberts y Russell Weaver. Editores). No señala ciudad: Anderson Publishing Co., 1994. Págs. 2-3.

<sup>3</sup> BORK, Robert. "Neutral Principles and Some First Amendment Problems". *Indiana Law Journal*. N° 47, 1971. Fragmentos seleccionados En: *First Amendment Anthology* (Donald Lively, Dorothy Roberts y Russell Weaver. Editores). No señala ciudad: Anderson Publishing Co., 1994. Págs. 3-8.

<sup>4</sup> POST, Robert. "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*". *Harvard Law Review*. Vol. 103, N° 3, January 1990. Págs. 601-686.

<sup>5</sup> FISS, Owen. "Why The State?" *Harvard Law Review*. Vol. 100, N° 4, febrero 1987. Págs. 781-794; *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Gedisa, 1999.

individuo, sino más bien un principio constitutivo del modelo de gobierno norteamericano instaurado desde la fundación de la nueva nación americana: el sistema democrático o de autogobierno. En palabras del autor:

La Primera Enmienda no protege una “libertad para hablar”. Protege la libertad de aquellas actividades de pensamiento y comunicación mediante las cuales nosotros “governamos”. Está comprometida, no con un derecho privado, sino con un poder público, una responsabilidad gubernamental.<sup>6</sup>

A partir de la lectura de los autores de *The Federalist*<sup>7</sup> —quienes en su momento explicaron los propósitos de la Constitución norteamericana como un cuerpo político que otorgaba al ciudadano protección contra la tiranía del Poder Legislativo<sup>8</sup>— y de una lectura literal de la Primera Enmienda de la Constitución —que establece que “el Congreso no aprobará ley alguna que coarte la libertad de expresión o de prensa”—, Meiklejohn propugna una protección absoluta de la libertad de expresión política<sup>9</sup>.

La visión absolutista de Meiklejohn —que, sin embargo, admite excepciones identificadas con los límites requeridos para facilitar la propia discusión o debate; esto es, los límites referidos al lugar, la forma o el momento en que debe manifestarse una expresión o producirse una discusión<sup>10</sup>— fue en su momento una respuesta a la técnica del equilibrio (*balancing*) de los intereses en conflic-

<sup>6</sup> MEIKLEJOHN. “The First Amendment Is an Absolute”, *op. cit.*, p. 2. (La traducción es nuestra).

<sup>7</sup> Conjunto de ensayos redactados por diversos autores (Alexander Hamilton, James Madison, etc.) en contra de los argumentos de quienes se oponían a la ratificación de la Constitución de los Estados Unidos. En su conjunto fueron publicados en 1788.

<sup>8</sup> El Poder Legislativo es —según los Federalistas— la principal amenaza usurpadora del poder de gobierno del pueblo. (Cfr. MEIKLEJOHN. “Testimony on the Meaning of the First Amendment”, *op. cit.*).

<sup>9</sup> Es importante aclarar que existe una gran diferencia entre la teoría de la posición preferente de la libertad de expresión y la teoría absolutista de Meiklejohn.

La tesis de la posición preferente de los derechos reconocidos por la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana es anterior a la teoría de Meiklejohn. Según O’Brien, para 1945: “la Corte (se refiere a la Corte Suprema de los Estados Unidos) había hecho a un lado su anterior consideración preferente a los derechos patrimoniales y daba a entender que en lo sucesivo las libertades y los derechos civiles serían las libertades preferidas en el esquema constitucional norteamericano” (O’BIEN, David. *El Derecho del Público a la Información. La Suprema Corte de los Estados Unidos de América y la Primera Enmienda Constitucional*. México: Publigráficos, 1983. Pág. 95).

La tesis de la posición preferente implica un tipo de equilibrio entre la libertad y la restricción, que en principio debería inclinarse a favor de la primera. La teoría absolutista de Meiklejohn, en cambio, no reconoce equilibrio alguno de intereses en conflicto.

<sup>10</sup> Estos límites han sido denominados por Melville Nimmer como *non-speech restrictions* (NIMMER, Melville. *Nimmer on Freedom of Speech*. Nueva York: Mathew Bender, 1984. Citado por: SANCHEZ, Santiago. *La Libertad de Expresión*. Madrid: Marcial Pons, 1992. Págs. 36-37).

to, utilizada por los jueces al abordar los casos en que se discutía la constitucionalidad de una restricción impuesta al ejercicio de la libertad de expresión. En opinión de Meiklejohn, la admisión de cualquier método de equilibrio en este campo refleja una errónea interpretación de la Primera Enmienda por parte de las Cortes que, de esa forma, niegan el significado y propósito esencial de dicha Enmienda. Así pues, la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana es, en la tesis de Meiklejohn, un requisito de autogobierno que no admite restricción alguna.

Como vemos, para Meiklejohn el autogobierno es el fundamento del derecho a la libertad de expresión. Aquél se manifiesta en el derecho que tienen los ciudadanos a participar en la vida política a través de su voto, que hoy en día — tras la admisión del modelo de democracia representativa— constituye el último vestigio de la original propuesta de autogobierno.

Pero la participación en la vida política exige que los electores adquieran la inteligencia, integridad y sensibilidad necesarias para reflexionar sobre los asuntos que conciernen al bienestar general y que deberían reflejarse en un voto consciente. Es aquí donde la libertad de expresión reconocida en la Primera Enmienda encuentra su justificación. Según Meiklejohn, el fundamento del derecho a la libertad de expresión reside en su capacidad de garantizar la libre transmisión de información y el intercambio de ideas concernientes a los temas públicos, estrictamente entendidos como los referidos a los asuntos de gobierno. A partir de la recepción adecuada de dicha información y de la discusión de los temas políticos (en su sentido restringido), el ciudadano estará en la capacidad de formarse una opinión propia y cabal de dichos temas y eso redundará en su eficiente participación en el sistema democrático al momento de ejercer su derecho al voto.<sup>11</sup>

El problema de la teoría democrático-política de Meiklejohn reside en su dificultad para precisar los aspectos que pueden incidir directa o indirectamente en la formación de la conciencia política del ciudadano, es decir, en discriminar los asuntos políticos a los que se refiere el autor y sobre los cuales la discusión de ideas debería ser absolutamente libre.<sup>12</sup>

En términos generales, para Meiklejohn, deberían gozar de una absoluta libertad todas aquellas expresiones referidas a la educación en todas sus fases; los logros de la filosofía y la ciencia que crean conocimiento y entendimiento en el hombre; la literatura y el arte; la discusión pública de asuntos públicos, junto con la diseminación de información y opinión sobre aquellos temas.<sup>13</sup>

Como se advierte, la propuesta inicial del autor sobre la naturaleza política de la expresión protegida por la Primera Enmienda termina extendiéndose a casi

<sup>11</sup> MEIKLEJOHN. "The First Amendment Is an Absolute", *op. cit.* Pág. 2.

<sup>12</sup> Cfr. SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 25- 27; CODERCH, Pablo; IGARTUA, Fernando y otros. *El Mercado de las Ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. Págs. 27-28.

<sup>13</sup> MEIKLEJOHN, *op. cit.*. Págs. 2-3.

todos los campos de la actividad y conocimiento humano. A partir de una lista de expresiones tan amplia y abierta como la propuesta por Meiklejohn, y siguiendo su interpretación literal-absolutista de la Primera Enmienda, tendríamos que afirmar que la libertad de expresión, en prácticamente todas sus manifestaciones, debería ser absoluta o irrestricta, lo cual es insostenible.

Advirtiendo las incongruencias de la teoría democrático-política de Meiklejohn, Robert Bork intentó precisar el concepto de discurso o expresión política, señalando que por ésta debía entenderse únicamente la expresión explícitamente política, es decir, aquella que guarda relación con el modo en que somos gobernados, excluyendo así los discursos de tipo artístico, científico, comercial, etc.

En opinión de Bork, la libertad de expresión garantizada por la Primera Enmienda contribuye a descubrir la verdad política, identificada por él con un conjunto de valores que son protegidos por normas constitucionales y que son el resultado del triunfo de la acción de las mayorías legislativas en un momento determinado. No tienen un contenido inalterable, más bien se refieren a resultados temporales del proceso democrático. En lo que concierne a su contenido, son verdades principalmente referidas a la forma en que el gobierno debe operar.<sup>14</sup>

Desde esta visión del proceso democrático es que Bork niega —al contrario que Meiklejohn— protección constitucional a la expresión subversiva o que busca derrocar el sistema de gobierno imperante. A decir de Bork, esa no puede considerarse una expresión política porque viola las verdades constitucionales sobre los procesos democráticos imperantes y no pretende una nueva definición de la verdad política que pueda ser defendida por una mayoría legislativa. La expresión subversiva rompe con las premisas del sistema democrático, que precisamente constituye el fundamento para proteger la expresión política.<sup>15</sup>

Aunque la teoría democrático-política de Meiklejohn —y su posterior desarrollo por parte de Bork y otros autores— gira en torno al significado que tiene la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana, algunos de sus fundamentos pueden ser evaluados en el marco de los sistemas constitucionales que se sitúan dentro de la tradición romano-germánica. Así, se observa que la premisa en la que se basa la teoría de Meiklejohn al concebir a la libertad de expresión como un elemento esencial del sistema democrático ha sido acogida como un criterio importante en la evaluación de dicho derecho por parte de la jurisprudencia constitucional de ciertos países.

En España, por ejemplo, a partir de una recepción *sui generis* de la teoría norteamericana de la posición preferente del derecho a la libertad de expresión, a la que se le ha añadido elementos de la teoría democrático-política de Meiklejohn al resaltarse la función de este derecho como soporte esencial del sistema democrático, se ha establecido la posición preferente de la libertad de expresión

<sup>14</sup> BORK, *op. cit.*, Pág. 5.

<sup>15</sup> *Ibid.* Págs. 7-8.

respecto de ciertos derechos de la personalidad (honor, intimidad, voz e imagen propias) con los cuales suele entrar en conflicto; esto siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, como el hecho de que la expresión o información a transmitir sea de interés público o permita formar opinión pública. Ello, a decir del Tribunal Constitucional español, debido a la función que cumple la libertad de expresión como garantía institucional de la opinión pública libre y del pluralismo político, apreciados como elementos esenciales del sistema democrático.

Indicios de la influencia de la teoría democrático-política de la libertad de expresión pueden encontrarse también en las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales —aunque no han sostenido expresamente una posición preferente del derecho a la libertad de expresión frente a otros derechos— han resaltado su función social como elemento indispensable para la subsistencia del sistema democrático. Mas aun, creemos que cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que debe entenderse como censura previa de la libertad de expresión incluso una decisión judicial que pretende impedir la difusión de ciertas expresiones consideradas por los jueces nacionales como violatorias de los derechos fundamentales de una persona<sup>16</sup>, está optando por una preferencia a priori del derecho a la libertad de expresión.<sup>17</sup>

## 1.2 RESPUESTAS A LAS TEORÍAS DEMOCRÁTICO-POLÍTICAS

Como respuesta a la teoría democrático-política de la libertad de expresión, otros autores propusieron teorías alternativas o complementarias que, o bien rechazaban el fundamento político de este derecho, o lo incluían en propuestas integradoras.

Entre las propuestas integradoras, figura en primer término, siendo anterior a la teoría democrático-política, la del juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Louis Brandeis, quien en el caso *Whitney v. California* (1927) sostuvo diversos fundamentos a favor de la libertad de expresión como: 1. Su contribución en el desarrollo de las facultades del individuo; 2. Su carácter de medida de seguridad para la sociedad, pues propone el debate como mecanismo de intercambio de ideas y desincentiva el uso de medios violentos de expresión; 3. El descubrimiento y la difusión de la verdad política; etc.

Años más tarde, en la misma línea de Brandeis y en respuesta a la teoría democrático-política, Thomas Emerson afirmaría que son 4 los valores implícitos a la libertad de expresión que fundamentan su protección, al ser: 1. Una garantía de la autorrealización del individuo; 2. Un instrumento de acceso a la

<sup>16</sup> Al respecto, ver el caso *La Última Tentación de Cristo*. Sentencia N° 73 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 5 de febrero de 2001.

<sup>17</sup> Ver también la opinión del profesor Francisco Eguiguren Praeli sobre este tema en: EGUIGUREN, FRANCISCO. "Las Libertades de Expresión e Información: Alcances y Límites". En: *Derechos Humanos, Democracia y Libertad de Expresión*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2002. Págs. 115-123.

verdad y al conocimiento; 3. Un mecanismo que asegura la participación de los miembros de la sociedad en la toma de decisiones, tanto en el ámbito social como político; y 4. Un mecanismo para mantener el equilibrio entre la estabilidad y el cambio en la sociedad<sup>18</sup>.

De forma semejante, para Rodney Smolla, la protección de la libertad de expresión y su posición preferente (el autor no discute, más bien defiende esta condición del derecho) se fundamenta —en el contexto de lo que él denomina una cultura abierta (*an open culture*)— en múltiples razones. Por eso, afirma que en tanto existan más justificaciones para argumentar la importancia trascendente de la libertad de expresión, mayor será el ámbito de protección de la expresión.

Aunque Smolla reconoce la importancia del fundamento político de la Primera Enmienda, siendo el autogobierno democrático uno de los valores desarrollados por la libertad de expresión, rechaza la exclusividad de dicho argumento. Frente a la concepción restringida del *speech* protegido por la Primera Enmienda propuesta por la teoría democrático-política —que ha llevado a relegar a un segundo plano otro tipo de expresiones no directamente relacionadas con el tema político como, por ejemplo, la expresión artística—, Smolla defiende una lectura amplia de dicha enmienda, a partir de la multiplicidad de valores que desarrolla.

Para el autor, la posición preferente del *freedom of speech* no debe restringirse al caso de la expresión política. También deben ser ampliamente protegidas aquellas expresiones que satisfacen otros fines importantes como, por ejemplo, la autorrealización del individuo. Pero, sobre todo, la libertad de expresión —y todas las expresiones que ésta incluye— debe ser protegida porque constituye un fin en sí misma y no simplemente un medio para alcanzar un fin.<sup>19</sup>

En las teorías integradoras, se encuentran casi todos los fundamentos a favor de la libertad de expresión desarrollados a lo largo de la historia. El problema, sin embargo, es que proponen a la vez una visión principista y utilitarista de este derecho.

Como explica Kent Greenawalt,<sup>20</sup> existen dos clases de fundamentos del derecho a la libertad de expresión: consecuencialistas (llamados así porque toman en cuenta los efectos que tiene la protección de la expresión para diversos bienes), y no consecuencialistas (que no toman en cuenta los efectos, sino más

<sup>18</sup> EMERSON, Thomas "Toward a General Theory of the First Amendment". *Yale Law Journal*. N.º 72, 877, 1963. Fragmentos seleccionados En: *First Amendment Anthology* (Donald Lively, Dorothy Roberts y Russell Weaver. Editores). No señala ciudad: Anderson Publishing Co., 1994. Pág. 8.

<sup>19</sup> SMOLLA, Rodney. *Free Speech in an Open Society*, New York: Vintage Books, 1993. Pág. 3- 17.

<sup>20</sup> GREENAWALT, Kent. "Free Speech Justifications". *Columbia Law Review*, Vol. 89, 1. Citado por: NINO, Carlos. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992. Pág. 260.

bien el carácter moralmente erróneo de la omisión de la protección del derecho). Entre los fundamentos consecuencialistas figuran los siguientes:

- Los efectos beneficiosos de la libertad de expresión para acceder a la verdad o al conocimiento.
- La estabilidad social, pues la libertad de expresión contribuye a acomodar intereses en conflicto.
- El control de los abusos de la autoridad.
- La promoción de la autonomía personal y el desarrollo personal.
- La consolidación de la democracia liberal.
- La promoción de la tolerancia.

Entre los argumentos no consecuencialistas se encuentran:

- La autonomía del sujeto, pues la libertad de expresión es un presupuesto necesario para tratar a los ciudadanos como sujetos autónomos.
- La dignidad del ser humano, que supone reconocer la libertad que tiene para expresar sus ideas.

El consecuencialismo es una teoría moral que afirma que el carácter moralmente correcto de los actos está relacionado con su capacidad de producir consecuencias buenas. Su versión más conocida es el utilitarismo, aunque no es la única.<sup>21</sup>

El problema del consecuencialismo, sea utilitarista o no, es que al valorarse las acciones en función de la obtención de los resultados se realiza una evaluación neutral en términos morales, lo cual resulta muy peligroso en la medida que valores como la justicia y la equidad son relativizados —o no son tomados en cuenta— en la búsqueda de la consecuencia querida. Asimismo, ya que para el consecuencialismo sólo los resultados queridos son intrínsecamente valiosos, todo lo demás (por ejemplo, la autonomía, la integridad y las acciones del agente) es valorado a partir de su contribución en el resultado final. Esto puede llevar a que en su versión utilitarista, que aspira a obtener el mayor bien común, se llegue a “victimizar al agente individual” en función del beneficio colectivo.<sup>22</sup>

Todas estas consideraciones sobre el consecuencialismo, aplicadas a las teorías sobre los fundamentos de la libertad de expresión, permiten reconocer el peligro que supone enfatizar un argumento consecuencialista y utilitarista, como el democrático-político, por sobre principios o valores morales que deben ser la base del sistema. Si, como afirma el argumento democrático-polí-

---

<sup>21</sup> GUTIÉRREZ, Gilberto. “Racionalidad Consecuencialista y Restricciones Deontológicas”. En: *El Fundamento de los Derechos Humanos* (Gregorio Peces-Barba. Compilador). Madrid: Editorial Debate, 1989. Págs. 198-199.

<sup>22</sup> *Ibid.* Págs. 199-200.

co, el fin último de la libertad de expresión (su causa y fundamento) es el afianzamiento del sistema democrático, entonces ello puede justificar —en la óptica utilitarista, que no toma en cuenta aspectos valorativos como la dignidad del ser humano— el sacrificio de derechos particulares que obstaculicen dicho propósito.

### 1.3 LAS TEORÍAS HUMANISTAS

El enfoque humanista sostiene que la libertad de expresión tiene como fundamento el principio de la dignidad del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad. Entre los autores que defienden la tesis humanista de la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda se encuentran Rodney Smolla, Lawrence Tribe, Martin Redish y Ronald Dworkin.<sup>23</sup> Cabe señalar que algunos autores, como Redish y Dworkin, defienden una tesis exclusivamente humanista (esto es, consideran que la dignidad y/o la autorrealización del individuo son los fundamentos principales de la libertad de expresión), mientras que otros autores, como Emerson, Smolla o Baker, sostienen teorías integradoras (es decir, que unen el argumento humanista con otro tipo de argumentos, como el democrático-político o el del mercado de las ideas —un tipo de teoría epistemológica—, para fundamentar el derecho a la libertad de expresión).

A partir de lo expuesto anteriormente, es posible sostener que los autores humanista se valen de argumentos consecuencialistas y no consecuencialistas para sustentar su posición. Así, pueden fundamentar la protección del derecho a la libertad de expresión en su utilidad para la autorrealización del individuo, o simplemente entenderlo como una derivación lógica del principio de dignidad y autonomía. Sea cual fuere el caso, la teoría humanista aparece en los Estados Unidos como una respuesta a la predominante concepción democrático-política de la Primera Enmienda.

Para Rodney Smolla, la autorrealización que se logra a través de la libertad de expresión debe ser entendida más allá del simple placer que puede producir la manifestación de la expresión. En su opinión, el término “autorrealización” (*self-fulfillment*) enfatiza aquellos aspectos que distinguen a los seres humanos de las otras especies, pues la expresión humana está ligada a la capacidad del hombre para pensar, imaginar y crear.<sup>24</sup>

Por su parte, Thomas Emerson considera que la expresión constituye una parte integral del desarrollo de las ideas propias y de la afirmación del yo. Por eso, sostiene que la represión de las creencias, opiniones o expresiones es una afrenta a la dignidad del hombre, una negación de su naturaleza.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Cfr. CODERCH, *op. cit.* Págs. 28-29; y, del mismo autor, *El Derecho de la Libertad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Págs. 40-43.

<sup>24</sup> SMOLLA, *op. cit.* Pág. 10.

<sup>25</sup> EMERSON, *op. cit.* Págs. 8-9.

En esa misma línea, Ronald Dworkin afirma que la Primera Enmienda busca proteger un derecho moral (el de la libertad de expresión) y que cuando se restringen las formas de expresión elegidas por el individuo, se puede llegar a vulnerar su dignidad. Siguiendo ese razonamiento, al discutir la legitimidad de una legislación antidisturbios —que prohibía cierto tipo de expresiones por razones de seguridad ciudadana—, en vez de utilizar el argumento democrático-político (como la referencia al libre debate público que es esencial a la democracia) para defender la libertad de expresión, recurre a las nociones de dignidad e igualdad.<sup>26</sup>

Finalmente, para Edwin Baker, la Primera Enmienda no protege al *speech* como un instrumento para alcanzar la verdad o el bien colectivo, sino porque es una expresión elegida por el individuo. La protección conferida a una expresión se justifica, según el autor, en la medida que ésta fomenta la autorrealización del individuo. Las expresiones no se protegen por su contenido (político), ni siquiera porque tengan la intención de comunicar un mensaje a otros, más bien se protegen porque son un medio de expresar el propio yo. Desde esta óptica, es que se justifica la protección de los usos solitarios del *speech* que carecen de intención comunicativa (como el cantar o el crear algo en soledad o el hecho de consumir material obsceno para el entretenimiento privado), y de las expresiones que —aunque dirigidas a otros— no buscan comunicar ideas o propuestas, sino entretener (como las canciones que buscan mostrar las cualidades del cantante, la narración de un cuento, etc.).<sup>27</sup>

Aunque Baker es humanista presenta, al igual que Smolla y Emerson, una teoría integradora, pues señala que son dos los valores que están en la base de la Primera Enmienda: la autorrealización individual (el argumento humanista) y la participación política (el argumento democrático-político).<sup>28</sup>

Una posición absolutamente humanista es la de Martin Redish<sup>29</sup>, quien afirma que la Primera Enmienda garantiza un único valor que es el de la autorrealización (*self-realization*).

En respuesta a la teoría democrático-política, Redish sostiene que el sistema democrático no ha sido pensado como un fin en sí mismo, sino como un

---

<sup>26</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. 2da edición. Barcelona: Ariel, 1989. Págs. 293-302.

<sup>27</sup> BAKER, Edwin. "Scope of the First Amendment Freedom of Speech". *UCLA Law Review*. N° 25, 964, 1978. Fragmentos seleccionados En: *First Amendment Anthology* (Donald Lively, Dorothy Roberts y Russell Weaver. Editores). No señala ciudad: Anderson Publishing Co., 1994. Págs. 13-15.

<sup>28</sup> *Ibid.* Pág. 13.

<sup>29</sup> REDISH, Martin. *Freedom of Expression: A Critical Analysis*, 1984. Fragmentos seleccionados En: *First Amendment Anthology* (Donald Lively, Dorothy Roberts y Russell Weaver. Editores). No señala ciudad: Anderson Publishing Co., 1994. Pág. 17.

Dworkin también parece ser absolutamente humanista, pero a diferencia de Redish mantiene una perspectiva no consecuencialista, pues alude al derecho como una emanación de la dignidad e igualdad, mientras que Redish se refiere a un valor consecuencial como es el de la autorrealización.

medio para realizar ciertos valores. Partiendo de la explicación del sentido de la democracia en los Estados Unidos —esto es, desde el mismo punto de partida de los teóricos democrático-políticos—, Redish desarrolla una teoría humanista que reconoce a la autorrealización individual como presupuesto básico del sistema democrático.<sup>30</sup>

Criticando las tesis de Meiklejohn y Bork, Redish afirma que:

En efecto, la democracia política es sólo un instrumento para —o un lógico resultado de— el valor de la autorrealización del individuo. El error de Bork y Meiklejohn es que ellos han confundido un medio para obtener el valor último, con el valor en si mismo.<sup>31</sup>

## 2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE Y LA TESIS DE LA POSICIÓN PREFERENTE: INFLUENCIA DE LAS TESIS DEMOCRÁTICO-POLÍTICAS

### 2.1 LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

Cercana a la visión anglosajona del derecho a la libertad de expresión como mecanismo esencial del sistema democrático, se encuentra la concepción europea de este derecho como garantía institucional de la opinión pública libre; noción a partir de la cual se ha llegado a afirmar la posición preferente del derecho a la libertad de expresión cuando se encuentra en situación de conflicto con otros derechos fundamentales, como el honor, la intimidad o la voz e imagen propias.

El concepto de garantía institucional surgió en Alemania como un tipo de protección constitucional que buscaba establecer limitaciones a la actuación del legislador, de manera que a través de la actividad legislativa no se desconociera el contenido de dichas instituciones<sup>32</sup>, las cuales podían o no coincidir con ciertos derechos fundamentales. (Aunque originariamente Schmitt desconoció que pudiese aplicarse al caso de los derechos de libertad<sup>33</sup>).

<sup>30</sup> *Ibid.* Pág. 17.

<sup>31</sup> *Ibid.* Pág. 20. (La traducción es nuestra).

<sup>32</sup> El concepto de institución utilizado por Schmitt hace referencia, en palabras del profesor Eloy Espinosa-Saldaña, a: “determinados establecimientos de carácter jurídico-político con una formación y organización propias...” (ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. “¿Cuándo estamos frente a un derecho fundamental y cuándo ante una garantía institucional?”. *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVIII, N° 16, julio-setiembre 1998. Pág. 77), que: “sin constituir derechos fundamentales en sentido estricto, en la medida que facilitan el ejercicio de algunos de estos derechos, son reconocidas [dichas instituciones] y protegidas por el texto constitucional de un país particular” (*Ibid.* Pág. 78. Subrayado nuestro).

<sup>33</sup> Cfr. LANDA, César. “Teorías de los Derechos Fundamentales”. En: *Materiales de Enseñanza del Seminario de Integración en Derecho Constitucional (Derecho Fundamental*

La pertinencia de la figura de la garantía institucional se explica en el contexto histórico en que surge, esto es, durante el Estado liberal que subsistió hasta fines de la Segunda Guerra Mundial, y que sometía la eficacia jurídica de los derechos fundamentales al principio de legalidad. Situación que actualmente es distinta<sup>34</sup>, toda vez que los derechos fundamentales encuentran una consagración constitucional —y también supraconstitucional, a través de los tratados internacionales en los que están reconocidos— que impide su libre disposición y desnaturalización por parte del legislador y que, más bien, somete la actuación de éste al respeto del contenido esencial del derecho.<sup>35</sup>

Alfredo Gallego considera que en las circunstancias actuales la garantía institucional se presenta no solamente como una garantía de protección frente a la actuación del legislador (lo que en el caso de los derechos fundamentales resulta una redundancia inútil desde que la noción del contenido esencial es suficiente para lograr este fin), sino principalmente como un mandato para el legislador: una exigencia de promoción y de fomento de la institución en cuestión. Sin embargo, en opinión del autor, incluso dicha acepción de la garantía institucional no resulta funcional cuando es aplicada al caso de los derechos fundamentales, en la medida que la acepción institucional de estos derechos (su aspecto objetivo) actualmente garantiza las exigencias de promoción y de fomento de los mismos<sup>36</sup>.

---

*a la Intimidación*). Ciclo 2001-2. Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 9; GALLEGO, Alfredo. *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencia (Derecho a la Educación; Autonomía Local; Opinión Pública)*. Madrid: Civitas, 1994. Pág. 87-88.

<sup>34</sup> Como sostiene el profesor César Landa: “Históricamente, este proceso de afirmación de los derechos fundamentales, se consolida a partir de la segunda postguerra mundial, transformando el viejo esquema del Estado liberal, según el cual los derechos fundamentales estaban en función de la ley, por la moderna idea propia del Estado social, en virtud de la cual la ley es la que está en función de los derechos fundamentales” [HÄBERLE, Peter. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. Pág. 12 (Prólogo)]. Para un estudio detallado del tema ver: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 1995. Pág. 65-68.

<sup>35</sup> GALLEGO, *op. cit.* Págs. 56-57.

<sup>36</sup> *Ibid.* Págs. 86, 92-93 y 97.

Bajo la teoría institucional de los derechos fundamentales, todos los derechos tienen un doble carácter:

1. Uno subjetivo, que los reconoce como una garantía de la libertad individual, a la que hoy se aúna la defensa de aspectos sociales y colectivos de la subjetividad (PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*. 4ta edición. Madrid: Tecnos, 1991. Pág. 25); y
2. Uno objetivo o institucional, que los reconoce como elementos indispensables para la consecución de los fines sociales y colectivos proclamados constitucionalmente, en tanto constituyen un factor esencial del Estado de derecho en cualquiera de sus manifestaciones —como Estado de derecho, Estado social de derecho o Estado social y democrático de derecho— no pudiendo existir éste sin el reconocimiento de los derechos fundamentales ni desarrollarse éstos, a su vez, fuera de un Estado de derecho (*Ibid.* Pág. 26).

Para quienes consideran que el derecho a la libertad de expresión constituye una garantía institucional, la institución por ella garantizada es la opinión pública libre, la cual es necesaria para la efectiva realización de los principios de pluralismo ideológico y tolerancia sobre los que se sostiene el modelo democrático de gobierno.<sup>37</sup>

Quienes rechazan este calificativo, como Alfredo Gallego, señalan que la libertad de expresión no es una garantía institucional de la opinión pública, en la medida que esta última no es una institución garantizada constitucionalmente (no se menciona en la Constitución española, como tampoco en la nuestra) ni lo puede llegar a ser, debido a su naturaleza variable e imprecisa<sup>38</sup>.

## 2.2 LA POSICIÓN PREFERENTE DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La tesis de la posición preferente del derecho a la libertad de expresión es una creación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano.<sup>39</sup> Esta

A causa de su carácter objetivo, los derechos fundamentales representan principios y valores del ordenamiento constitucional, e implican una obligación de actuación por parte del Estado a efectos de lograr su realización efectiva (LANDA, *op. cit.* Págs. 9- 10; GALLEGO, *op. cit.* Págs. 39-40).

<sup>37</sup> Cfr. LLAMAZARES, M. CRUZ. *La Libertad de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático*. Madrid: Civitas, 1999. Págs. 43-46.

<sup>38</sup> En palabras de Gallego: «la opinión pública es una situación de hecho social y cambiante, a veces arbitraria e influenciable, que nada tiene que ver con una institución u órgano constitucional, como es la Corona o el Rey, el Congreso, el Tribunal Constitucional, etc., (...), o una institución garantizada por la Constitución, como por ejemplo, la autonomía local, los principios constitucionales de la función pública, según sea el concepto de institución que se maneje los Colegios Profesionales, como Corporación de Derecho público, las organizaciones profesionales, el jurado, etc.» GALLEGO, *op. cit.* Pág. 186.

<sup>39</sup> La teoría de la posición preferente (*preferred position*) de las libertades reconocidas por la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana fue desarrollada por un grupo de jueces, a lo largo de varios casos que llegaron a la Corte Suprema. (Cfr. *Murdock v. Pennsylvania* (1943), *Konigsberg v. State Bar of California* (1961), etc.)

Como explica Santiago Sánchez: “el recurso a la posición preferente está indicado en cualquier instancia en que el gobierno (...) trata de cohibir o reprimir la expresión pretendidamente perjudicial o cualquier otro de los derechos reconocidos en la Primera Enmienda” (SÁNCHEZ, *op. cit.* Pág. 117). En aplicación de esa doctrina, los tribunales norteamericanos establecieron al menos 9 reglas que garantizan dicha posición preferente en los Estados Unidos, descritas por Ithiel de Sola Pool. Estas reglas son las siguientes:

- “La reducción de la presunción de constitucionalidad de la acción del gobierno.
- La inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que corresponde al gobierno demostrar que no trata de restringir la libertad de expresión.
- La adopción rápida de la iniciativa por el Tribunal Supremo en los supuestos en los que se dilate por el gobierno el ejercicio del derecho. Es decir, que no espera a que se agoten los recursos legales y se produzcan sentencias de los tribunales de instancia.
- La intolerancia de la legislación imprecisa o vaga que confiera un margen peligroso de discrecionalidad al gobierno en materia de libertad de expresión. (El vicio del “vagueness”).

teoría defiende la intangibilidad del derecho a la libertad de expresión debido al valor que éste tiene, más que como derecho individual, como presupuesto necesario del sistema democrático.

En el derecho constitucional español, la tesis de la posición preferente de la libertad de expresión fue recepcionada y desarrollada de forma muy particular, pues en vez de entenderse como una defensa (una presunción de inconstitucionalidad) frente a las medidas gubernamentales o estatales que buscan limitar este derecho, se interpretó como una situación de privilegio frente a otros derechos fundamentales.<sup>40</sup> De este modo, tanto los tribunales ordinarios como el Tribunal Constitucional español han señalado que cuando la libertad de expresión constituye una garantía institucional<sup>41</sup> de la opinión pública libre, ésta tiene una posición preferente frente a los derechos al honor, la intimidad y la voz e imagen propias.<sup>42</sup>

- 
- En relación con lo anterior, la exigencia de pautas bien definidas cuando se regule la libertad de expresión.
  - El rechazo de aquellas normas que establezcan limitaciones con un alcance o de una amplitud tales que puedan afectar al ejercicio de los derechos de la Primera Enmienda. (...)
  - El repudio de sobrecargas procesales y formalidades que puedan erigirse en obstáculos a la libertad de expresión.
  - La indicación de que deben emplearse por el gobierno, si los hubiere, medios distintos (que no restrinjan, o restrinjan menos, la libertad de expresión), para alcanzar los objetivos que se proponga.
  - Finalmente, el recordatorio de la interpretación restrictiva de las normas limitativas de la libertad de expresión” (*Technologies of Freedom*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1983. Págs. 62-65. Citado por: Sánchez, *op. cit.* Págs. 118-119).

<sup>40</sup> Como vimos, la doctrina del *preferred position* aparece como una defensa frente a los intereses del Estado para limitar los derechos reconocidos en la Primera Enmienda. Christian Guzmán nos explica el significado del *preferred position* del siguiente modo: “los derechos fundamentales –dado que configuran límites efectivos a la actuación del Estado– son preferidos sobre toda otra consideración que no sea tal, aun cuando esta se encuentre constitucionalmente consagrada. Lo antes señalado implica que los derechos deben ser preferidos incluso sobre metas colectivas o sobre intereses públicos o meramente estatales” (GUZMÁN, Christian. “El Principio de Preferencia por los Derechos Fundamentales. Un Intento de Fundamentación Lógica”. *Revista Jurídica del Perú*. Año LI, N° 27, octubre 2001. Pág. 1). No se trata, pues, de una defensa frente a los particulares ni de una preferencia frente a otros derechos fundamentales, como lo ha entendido la jurisprudencia española.

<sup>41</sup> Cabe señalar que, en sentencias más recientes, el Tribunal Constitucional español ya no utiliza el concepto de garantía institucional en relación a la libertad de expresión. En la actualidad, este derecho se califica simplemente como garantía del pluralismo o de la opinión pública. Cfr. Sentencia N° 76, de 8 de abril de 2002; sentencia N° 46, de 25 de febrero de 2002; sentencia N° 171, de 18 de octubre de 2004; sentencia N° 1, de 17 de enero de 2005.

<sup>42</sup> En la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/ 82, de 31 de marzo de 1982, se estableció que las libertades de expresión e información reconocidas por el artículo 20 de la Cons-

La formación de la opinión pública, que presupone la discusión sobre temas de interés público, es la principal justificación de la posición preferente del derecho a la libertad de expresión.

Como resulta evidente, el interés público en los temas que son materia de información o de expresión únicamente es relevante si se valora el aspecto social o colectivo del derecho. Sólo valorando esta fase del derecho, se dice, puede entenderse que el mismo deba ser protegido (prevalecer) aun cuando su ejercicio suponga una intromisión en otros derechos fundamentales. Así, por ejemplo, cuando la información se refiere a ámbitos de la vida privada de ciertas personas (personajes públicos) ésta puede resultar protegida porque existe un interés general en conocerla y porque redundaría en la formación de la opinión pública.

Según Herrero-Tejedor:

El valor preponderante de las libertades del artículo 20 de la Constitución, como garantía de la opinión pública libre, indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos de interés general (por las materias a que se refieren y por las personas que intervienen), y contribuyen en consecuencia a la formación de la opinión pública. (...) Por lo contrario, la eficacia justificadora de las libertades del artículo 20 pierde su razón de ser en

---

titud: "no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático" (Citada por: CODERCH, *El Mercado de las Ideas*, op. cit. Pág. 72). Luego, en la sentencia 104/86, de 17 de julio de 1986, el Tribunal Constitucional señaló que: "Esta dimensión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor, o, dicho con otras palabras, el hecho de que el artículo 20 de la Constitución "garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática" (Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo), otorga a las libertades del artículo 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales" (Citada por: HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidación y Propia Imagen*. 2da edición. Madrid: Colex, 1994. Pág. 116). Finalmente, en la sentencia 159/86, de 12 de diciembre de 1986, se estableció la posición preferente del derecho a la libertad de expresión respecto de otros derechos fundamentales; situación que se describe de modo claro en los fundamentos de la sentencia 336/93, de 15 de noviembre, cuando señala que: "no cabe olvidar que la ponderación entre los derechos constitucionales en conflicto requiere que se tenga en cuenta la posición prevalente – aunque no jerárquica– que respecto al consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución ocupan los derechos a la libre comunicación de información y a la libertad de expresión del artículo 20.1 de la Constitución cuando su ejercicio tiene lugar dentro del ámbito constitucionalmente protegido, dado que éstos constituyen no sólo libertades individuales de cada ciudadano, sino también 'la garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo democrático'" (*Ibid.* Pág. 122).

el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público, y cuya difusión y conocimiento público son innecesarios para la formación de la opinión pública libre, en razón de la cual se les reconoce su posición prevalente.<sup>43</sup>

El autor refiere que, en España, la tesis de la posición preferente se basó en el reconocimiento de un “núcleo resistente y constitucionalmente indeclinable, de un contenido mínimo imbatible”<sup>44</sup> del derecho a la libertad de expresión, que en la colisión con otros derechos constitucionales se mantiene siempre inalterado y sostiene la prevalencia de dicho derecho. Ese núcleo se determina a partir de dos elementos: a) El interés público, tanto en los temas como en los sujetos que son materia de información o de opinión; y b) La necesaria constatación de los límites internos del derecho<sup>45</sup>; esto es, la veracidad en el caso de la libertad de información y la ausencia de excesos verbales o de expresiones vejatorias o innecesarias en el caso de la libertad de expresión.

Como señalamos, la tesis de la posición preferente fue importada por la jurisprudencia española para resolver los casos de conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y los derechos protegidos por el artículo 18.1 de su Constitución (la intimidad, el honor y la propia imagen), durante la fase que se ha venido a denominar “de concurrencia normativa”<sup>46</sup>. Así, tanto el Tribunal Constitucional como, luego, el Tribunal Supremo español adoptaron, a su modo, la tesis norteamericana de la prevalencia o preferencia del derecho a la libertad de expresión y también una forma característica de resolver el conflicto, sobre la base del *balancing test* norteamericano al que le dieron una aplicación muy particular.

<sup>43</sup> HERRERO-TEJEDOR, *op. cit.* Pág. 125. (El resaltado en el texto es nuestro).

<sup>44</sup> *Ibid.* Pág. 118.

<sup>45</sup> Los límites internos son aquéllos que derivan de la naturaleza misma del derecho y permiten delimitar su contenido; es decir, determinan las facultades concretas que integran el derecho en cuestión y lo diferencian del resto de derechos. Para mayor información ver: ABA CATOIRA, Ana. *La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. Págs. 128-133.

<sup>46</sup> Herrero-Tejedor ha descrito la evolución de la jurisprudencia española en relación con los conflictos presentados entre las libertades de expresión e información, reconocidas en el artículo 20.1 de la Constitución española, y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del artículo 18.1, diferenciando 3 fases en el desarrollo jurisprudencial: la primera denominada “fase del régimen de exclusión”, en la que existía una marcada preponderancia de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución, debido a la interpretación literal que se le dio al artículo 20.4 de la Constitución que establece que dichos derechos constituyen límites de las libertades del artículo 20.1; la segunda denominada “fase de necesaria ponderación” que, como su propio nombre señala, aboga por una ponderación de los bienes en pugna; y la tercera y última denominada “fase del régimen de concurrencia normativa”, en la que se sostiene la situación de preferencia de las libertades reconocidas en el artículo 20.1 de la Constitución, la cual deberá ser tomada en cuenta al momento de realizarse la ponderación de los bienes en conflicto (*Ibid.* Págs. 112-127).

Sabemos que el conflicto originado entre derechos se resuelve a partir del juicio de ponderación entre los bienes o intereses que implica cada uno de ellos. Sin embargo, a decir de un amplio sector de la doctrina española y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en los casos en que el conflicto se presente respecto del derecho a la libertad de expresión, se deberá partir de reconocer la posición preferente de éste (en tanto garantía institucional de la opinión pública libre, soporte del sistema democrático), por lo cual la ponderación sólo podrá hacerse efectiva en defecto de dicho reconocimiento en el caso concreto. Es decir, si se advierte el cumplimiento de los requisitos de posición preferente se configurará un caso de posición preferente del derecho y el derecho a la libertad de expresión deberá prevalecer, pero si no se cumple con dichos requisitos no habrá un caso de posición preferente y, recién entonces, se deberá efectuar el denominado juicio de ponderación o de equilibrio de intereses en juego, pudiendo prevalecer en tal caso el derecho a la libertad de expresión o el otro derecho en conflicto. Recién entonces podrá considerarse la existencia de límites externos al derecho a la libertad de expresión, tales como la moral pública, los derechos de terceros, etc.

Reseñando la posición del Tribunal Constitucional español sobre el tema de la ponderación a partir de la posición preferente del derecho a la libertad de expresión, Rafael Sarazá sostiene que en esa perspectiva es menester que:

(...) antes de acudir al método del *balancing* se realice una operación previa, consistente en delimitar un contenido mínimo inabitable, un “núcleo preferente e inabitable de la libertad de información”. Como debe resolverse el conflicto en estos casos es verificando, antes de nada, si la libertad de información ha sobrepasado o no los límites de su ejercicio lícito y preferente, si se ha mantenido dentro del círculo en que puede lícitamente sobreponerse a otros derechos en conflicto no habrá lugar a “balanceamiento” alguno, sino a pura aplicación de una consecuencia de la configuración constitucional de una correcta libertad. Más allá de ese ámbito de preferencia, o en los casos en que la información no resulte especialmente protegida, el contrapeso y la apreciación de las circunstancias del caso, será el método resolutorio del conflicto.<sup>47</sup>

En los hechos, el Tribunal Constitucional español no realiza una ponderación efectiva de los derechos que entran en conflicto con la libertad de expresión. Más bien, resuelve el conflicto de derechos a partir de la constatación de los requisitos de preferencia del derecho a la libertad de expresión, que en el caso del derecho a la libertad de información coinciden con sus límites internos. Así, el requisito de preferencia determinado por el interés público de la información constituye, a la vez, un límite interno de la libertad de información

<sup>47</sup> SARAZÁ JIMENA, Rafael. *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Navarra: ARANZADI, 1995. Pág. 206.

(veracidad e interés público son los dos elementos que tradicionalmente han servido para configurar el derecho a la libertad de información); de modo que en este caso la preferencia del derecho a la libertad de expresión estaría determinada por la sola verificación de sus límites internos, esto es, por la sola constatación de la existencia de un caso en el que se hace ejercicio de la libertad de información.

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha reconocido la naturaleza de garantías institucionales del sistema democrático a las libertades de expresión e información, así como su condición preferente frente a otros derechos cuando su ejercicio permita el debate sobre la cosa pública. El Tribunal, refiriéndose a las libertades informativas, ha señalado que:

(...) en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública.

Esta condición de las libertades informativas requiere que, cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales.<sup>48</sup>

No obstante este expreso reconocimiento de la posición preferente del derecho a la libertad de expresión, nuestro Tribunal Constitucional no parece adoptar el mecanismo de delimitación de límites internos y comprobación de condiciones de preferencia que emplea el Tribunal Constitucional español. En las pocas sentencias de nuestro Tribunal referidas al tema, se alude a la necesidad de resolver eventuales conflictos entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos o bienes jurídicos constitucionales a partir de la técnica de la ponderación y del principio de concordancia práctica. Sin embargo, no ha podido esclarecerse cómo funcionaría el criterio de preferencia en el supuesto de colisión de los derechos a la libertad de expresión, por un lado, y a la intimidad, el honor o la imagen, por otro lado (supuesto que, como vimos, constituye el marco de aplicación de la teoría de la posición preferente de la libertad de expresión en España). La única sentencia de nuestro Tribunal que abordó el caso de conflicto entre estos derechos fue resuelta a partir del muy discutible criterio de la censura previa que —siguiendo el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— impide realizar un control judicial previo de la libertad de expresión a fin de tutelar derechos como la intimidad o el honor. Más bien, es en el supuesto de existencia de normas o actos restrictivos del derecho a la libertad de expresión donde se ha podido

---

<sup>48</sup> Sentencia del 14 de agosto de 2002, recaída en el expediente N°0905-2001-AA/TC. Fundamentos 13 y 14. Para un desarrollo más reciente: Sentencia del 29 de enero de 2003, expediente N° 1797-2002-HD/TC y sentencia del 6 de abril de 2004, expediente N° 2570-2003-HD/TC.

desarrollar, en cierta forma, algunos criterios o consecuencias de su posición preferente. Así, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que cuando el derecho a la libertad de expresión o información está destinado a contribuir con la formación de una opinión pública libre se produce una presunción de inconstitucionalidad de las medidas restrictivas de este derecho,<sup>49</sup> con lo cual la aludida preferencia del derecho parece acercarse, más que a la tesis española, a la teoría norteamericana de la posición preferente (cuyas consecuencias han sido desarrolladas en la nota 39 de este trabajo). En todo caso, dado el escaso tratamiento del tema por parte de nuestra jurisprudencia constitucional, habrá que estar al tanto de su futuro desarrollo por parte del Tribunal Constitucional.

### **3. INCONSISTENCIA DE LA PROPUESTA REFERIDA A LA POSICIÓN PREFERENTE DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LA DIGNIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR DEL SISTEMA JURÍDICO Y POLÍTICO**

Nuestras objeciones a la teoría de la posición preferente del derecho a la libertad de expresión se sustentan en diversas razones que, a continuación, pasaremos a exponer:

- A) LA TEORÍA DE LA POSICIÓN PREFERENTE DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN IMPLICA ESTABLECER UNA JERARQUÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La primera crítica que se formula a la teoría de la posición preferente del derecho a la libertad de expresión, y que nosotros compartimos, es que en nuestro sistema constitucional, como en el español, no se establece una jerarquía de derechos fundamentales. Más bien, todos ellos están situados en pie de igualdad y su ejercicio no es absoluto, sino que admite limitaciones derivadas de su confluencia con otros derechos y, excepcionalmente, con otros bienes jurídicos constitucionales (como por ejemplo, la seguridad nacional).

Aunque los propulsores de la teoría de la posición preferente se han esforzado en señalar que ésta no establece una jerarquía entre derechos, en los hechos se constata que la ponderación de derechos en conflicto, propuesta por el Tribunal Constitucional español en los casos de conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, la intimidad o la voz e imagen propias, parte de una situación de desigualdad que impide hablar de una efectiva ponderación. Como refieren Bastida y Villaverde:

---

<sup>49</sup> Fundamento 6 de la sentencia del 6 de abril de 2004 – Expediente N° 2579-2003-HD/TC y fundamento 11 de la sentencia de 29 de enero de 2003 – Expediente N° 1797-2002-HD/TC.

(...) la posición preferente, mutada en supremacía normativa, aboca, en primer lugar, a una soterrada jerarquización de los derechos y libertades del art. 20.1 y, en especial, del art. 18.1 de muy difícil justificación; y, en segundo lugar, hace inevitable que el contenido constitucionalmente protegido de las libertades de expresión e información se identifique casi exclusivamente con el protegido con preferencia y supremacía, mientras que el de los restantes bienes jurídicos se delimiten en función de esa posición preferente y suprema.<sup>50</sup>

B) LA TEORÍA DE LA POSICIÓN PREFERENTE DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN PARTE DE UNA VISIÓN IDEALISTA DE LA OPINIÓN PÚBLICA

Ciertamente, este no es un argumento fuerte contra la posición preferente del derecho a la libertad de expresión. No obstante, creemos que debe tenerse en cuenta que situar este derecho en una posición privilegiada no va a provocar —como ingenuamente creen los defensores de esta teoría— que la opinión pública se forme de manera libre y racional.

Los problemas actuales que presenta la formación de la opinión pública no van a resolverse colocando a la libertad de expresión por encima de otros derechos. La solución debe partir, más bien, de una mejor distribución de los espacios de comunicación, pues en la medida que la opinión pública actualmente se forma en, y a través, de los medios de comunicación es necesario garantizar pluralidad ideológica en los mismos.

Pero el problema no se limita únicamente a la situación de los medios de comunicación; esto es, a la facilidad con que pueden ser manipulados por intereses económicos y políticos; a su inquietud desbordante por el *rating* y su casi exclusiva atención a la función de entretenimiento, en desmedro de las funciones educativas e informadoras que deben cumplir; a su espontánea inclinación por crear temas de interés general a partir del escándalo y el morbo, y silenciar los que —por afectar la vida en comunidad— sí deberían ser de interés. El problema de la formación de la opinión pública libre pasa, también, por otros factores. Entre ellos, los cuestionamientos formulados desde el siglo XIX a la originaria concepción de la opinión pública, entendida como el producto del libre e igualitario debate de los temas públicos<sup>51</sup>, realizado por un público racio-

<sup>50</sup> BASTIDA, FRANCISCO y VILLAVARDE, IGNACIO. *Libertades de Expresión e Información y Medios de Comunicación. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional 1981-1998*. Navarra: Aranzadi, 1998. Pág. 33.

<sup>51</sup> La libertad y la igualdad de los sujetos inmersos en el debate público aparecen como precondiciones elementales de la formación de la opinión pública libre. Además, son presupuestos de la llamada democracia deliberativa. No obstante, han sido objeto de dura crítica, en la medida que se perciben como requisitos ideales, no verificables en la realidad. Eduardo Hernando ha desarrollado algunas de las críticas que se formulan a la democracia deliberativa. Se refiere, por ejemplo, a la desigualdad real en que se encuentran los sujetos que pueden o deben participar del diálogo; desigualdad que es producto tanto de los prejuicios, como de las desiguales capacidades para articular argumentos racionales, que

cinante<sup>52</sup>; la dificultad de determinar la noción de público, que le otorgue legitimidad a dicha opinión pública; y, principalmente, la apatía que muestra el individuo común ante la discusión de los problemas públicos, lo que puede ser causado por su falta de preparación, de tiempo, de espacios de deliberación o, simplemente, de ánimo. Todo ello complica gravemente la posibilidad de hablar de una verdadera opinión pública libre y, por lo mismo, de desarrollar modelos democráticos participativos, como el de la democracia deliberativa.

No obstante, y aunque los hechos confirmen que la formación de la opinión pública no corresponde a la visión ideal que tenemos de ella, creemos que no debemos abandonar el objetivo de llegar a una auténtica opinión pública que presuponga un sujeto (público) capaz de deliberar sobre los temas de la vida en comunidad de forma racional, libre e igualitaria, en función no sólo de sus justas aspiraciones individuales, sino también del bien común. Éste continúa siendo un objetivo primordial de la democracia. Por eso, coincidimos con Carlos Santiago Nino cuando señala que la democracia es un concepto normativo (ideal), pero no utópico, que puede ser realizado por lo menos en sus elementos esenciales.<sup>53</sup>

Así, aunque compartimos los principales objetivos de la democracia deliberativa, consideramos inconveniente hacer un uso instrumental de la libertad de expresión para alcanzar este fin.

- C) LA POSICIÓN PREFERENTE DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FACILITA LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE LOS PARTICULARES POR PARTE DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN, QUE SE ENCUENTRAN EN UNA MEJOR POSICIÓN QUE AQUÉLLOS

Este argumento es propuesto por el profesor Javier García Roca en su artículo titulado “Los Imprecisos Límites a los Poderes Informativos Derivados de Los Derechos de la Personalidad: Una Función Jurisdiccional”.<sup>54</sup>

A decir de García Roca, la doctrina de la posición preferente del derecho a la libertad de expresión es un recurso inadecuado, no sólo porque transgrede la

tiene los participantes del debate. (Cfr. HERNANDO, Eduardo. *Pensando Peligrosamente: El Pensamiento Reaccionario y los Dilemas de la Democracia Deliberativa*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000. Págs. 249-277).

<sup>52</sup> Desde las últimas décadas del siglo XIX y durante todo el siglo XX, los estudios sobre la opinión pública partirán no ya únicamente de un enfoque político y filosófico, sino también sociológico y psicológico. A partir de este último, las denominadas corrientes instintivistas romperán con la tradicional visión liberal racionalista de la opinión pública y propugnarán el predominio de elementos instintivos e irracionales en su formación. En este aspecto, son importantes los aportes de Charles Darwin, William James, Le Bon y Sigmund Freud.

<sup>53</sup> NINO, Carlos. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. Págs. 21-24.

<sup>54</sup> El texto inédito, de inminente publicación, fue generosamente enviado por el profesor Javier García Roca.

igualdad jerárquica de los derechos fundamentales establecida por la Constitución española, sino también porque facilita la vulneración de los derechos de la personalidad de los ciudadanos por parte de los medios de comunicación. Éstos, al ser los principales agentes informadores de las sociedades contemporáneas son, asimismo, los principales beneficiados con la alegada preferencia de la libertad de expresión. No obstante, señala el autor, los medios de comunicación no se encuentran en igualdad de condición que los ciudadanos comunes. Los medios de comunicación constituyen verdaderos “poderes privados” debido a la influencia social que ejercen. Esto, unido a la señalada preferencia del derecho a la libertad de expresión frente a los derechos de la personalidad, coloca en una situación de desventaja, y casi de indefensión, al individuo común que ve lesionados sus derechos a causa de las informaciones difundidas por un medio de comunicación.<sup>55</sup>

Incluso, como señala el autor, el ejercicio del derecho a solicitar la rectificación de la información difundida, y/o la posibilidad de recurrir a una acción civil o penal de protección de los derechos al honor, a la imagen y a la intimidad, “no hacen sino incrementar una publicidad no deseada por quien se siente injustamente agredido en sus derechos de la vida privada. De suerte que —todos lo sabemos— es hartamente preferir el silencio al ejercicio de la rectificación o de acciones judiciales”<sup>56</sup>

D) LA TEORÍA DE LA POSICIÓN PREFERENTE DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN REPRESENTA UNA CONCEPCIÓN UTILITARISTA DE ESTE DERECHO

La teoría de la posición preferente de la libertad de expresión constituye una fundamentación utilitarista del derecho en cuestión que, al justificar la preferencia del derecho en su utilidad para el sistema democrático (argumento democrático), instrumentaliza el derecho y lo pone al servicio del sistema. De este modo, el derecho a la libertad de expresión no se ve como un fin en sí mismo —derivado del principio de dignidad del ser humano—, sino como un medio para alcanzar el autogobierno o para afirmar el sistema democrático existente.

Debemos recordar que nuestro sistema jurídico y político se construye sobre la base de múltiples valores y principios, entre los cuales el principio democrático tiene especial importancia, pero es el principio de respeto a la dignidad del ser humano el eje central. Por eso, el artículo 1 de nuestra Constitución, en el cual se reconoce que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, constituye: “la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas (...), el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social”.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> *Ibid.* Pág. 2.

<sup>56</sup> *Ibid.* Pág. 4.

<sup>57</sup> LANDA, César. “Dignidad de la Persona Humana”. *Ius et Veritas*. N° 21, 2000. Pág. 10.

La dignidad del individuo —principio que deriva de la naturaleza racional y autónoma del ser humano<sup>58</sup>— constituye el fundamento sobre el que se sostiene la totalidad de los derechos fundamentales y el propio sistema político (en la medida que, por ejemplo, la democracia existe precisamente porque se concibe como el modelo de gobierno más adecuado para la realización de los derechos fundamentales). Pero, además, constituye un límite para estos derechos, “lo que se traduce en el deber general de respetar los derechos ajenos y propios”<sup>59</sup>.

La relevancia del principio de respeto a la dignidad del ser humano ha llevado a que Llamazares Calzadilla, quien se muestra a favor de la denominada posición preferente del derecho a la libertad de expresión en España, advierta que no es posible defender dicha posición preferente cuando, en los hechos, ésta pase por encima de la dignidad. Así, para Llamazares, aun cuando puedan verificarse las condiciones de preferencia del derecho a la libertad de expresión, su ejercicio deberá considerarse ilegítimo si vulnera el valor de la dignidad.

El problema es que la propia opción por la preferencia del derecho a la libertad de expresión, basada en argumentos consecuencialistas que instrumentalizan el derecho en cuestión, viola la dignidad del ser humano. Además, la ponderación que parte de situaciones iniciales de desigualdad impide tomar en cuenta el dato de la dignidad que subyace a los otros derechos en conflicto. Si, como establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, bastara con que en el caso se cumplan con los requisitos de preferencia del derecho a la libertad de

---

<sup>58</sup> La dignidad es definida por Llamazares como una: “cualidad inherente a la persona, que se manifiesta principalmente en la determinación consciente y responsable de la propia vida, y que lleva consigo la pretensión de ser respetado por los demás y por uno mismo” (LLAMAZARES, *op. cit.* Págs. 58-59). De forma semejante, Miguel Ángel Alegre la define como: “la característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad —independientemente del momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelve su vida— que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes.” (ALEGRE, Miguel Ángel. *La Dignidad de la Persona como Fundamento del Ordenamiento Constitucional Español*. León: Universidad de León, 1996. Págs. 29-30). Como señala Tomás Vidal, la dignidad es inherente al ser humano, pero no debe deducirse a partir de su mera existencia como tal, esto es, de su diferencia y superioridad respecto del resto de seres vivos. Esta concepción que, a decir del autor, responde a la tradición cultural judeo-cristiana y a la idea de que el hombre fue hecho a la imagen y semejanza de Dios, carece de fundamentos racionales. En cambio, la dignidad debe ser definida a partir de la constatación de las características propias del ser humano, que lo distinguen de los demás seres vivos, como son la razón, la voluntad, la moralidad, la posibilidad de comunicarse con otros seres de su especie a través de un lenguaje, etc. (VIDAL, Tomás. *El Derecho al Honor y su Protección desde la Constitución Española*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. Pág. 30).

<sup>59</sup> LANDA, *op. cit.* Pág. 20. O como dice Alegre: “la dignidad se convierte en un límite (...) la dignidad ajena (y también la propia en la medida en que los derechos inherentes a la misma son irrenunciables) actúa como límite de los derechos propios.” (ALEGRE, *op. cit.* Págs. 74-75).

expresión para que se opte, de manera inmediata, por darle primacía, la discusión sobre una posible lesión de la dignidad podría quedar fuera de lugar en el caso concreto. Un ejemplo de esto es citado por Alfredo Gallego. Se trata de un caso en el que la información que pretendía difundir un medio de comunicación era veraz y aun de interés público, pero afectaba de modo irreparable la posibilidad del libre desarrollo de la personalidad de un sujeto. Debido a la claridad con que el autor narra los hechos del caso, lo citaremos aquí de manera textual:

En 1970, un Tribunal alemán condenó a cadena perpetua a dos personas por haber asesinado a cuatro soldados en un cuartel para robarles armas, y a una tercera persona, como cómplice, a seis años de prisión. En 1972, la televisión alemana preparó un documental informativo sobre este crimen (que había causado enorme expectación en el país), en el cual, necesariamente aparecía el nombre, la imagen, etc. del condenado a seis años de prisión, que con el fin de evitar la proyección de dicho documental, interpuso una acción para que el Tribunal dictase una orden de suspensión, ya que dicha proyección lesionaba su derecho de personalidad, su nombre, y el derecho a su propia imagen. Hay que tener en cuenta que tras cuatro años el condenado había cumplido dos tercios de su condena, y hubiese sido puesto en libertad condicional, y su intención era volver a su ciudad natal. El Tribunal Constitucional alemán, suspendió la proyección y posteriormente concedió la protección solicitada, porque primó el interés del recurrente a su rehabilitación social, que el interés de ser informada la opinión pública.<sup>60</sup>

El autor cita este ejemplo para respaldar su tesis referida a la imposibilidad de concebir a la libertad de expresión como una garantía institucional (y a la opinión pública como institución protegida constitucionalmente), y de aceptar su supuesta posición preferente frente a otros derechos. Comentando el caso, Gallego sostiene que:

Es dudoso que con un arranque metodológico, determinado por la garantía institucional de la opinión pública, jerarquía institucional y prevalencia de la valoración y eficacia de la libertad de información sobre los demás derechos fundamentales, se pudiese llegar a este resultado, que a todas luces parece justo. E incluso desde el ángulo que se supone más restringido: analizar si el derecho a la información se ha ejercido constitucionalmente (esto es verazmente, sobre asunto de trascendencia pública, etc. requisitos que se cumplían en el documental televisivo, finalmente prohibido), es dudoso que se hubiese protegido al ciudadano afectado. Sólo la “libre” y verdadera ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, utilizando los diversos criterios desarrollados, garantiza que se evite el peligro de un desequilibrio “institucional”: Una información veraz y de interés general puede ser inconstitucional porque no respeta a la propia imagen y a la dignidad del afectado...<sup>61</sup>

<sup>60</sup> GALLEGO, *op. cit.* Pág. 217.

<sup>61</sup> *Ibid.* Pág. 218.

La consideración del valor de la dignidad, que subyace a todos los derechos fundamentales, implica adoptar un método de ponderación diferente del que es propuesto por quienes respaldan la situación de preferencia del derecho a la libertad de expresión. En todo caso, la especial consideración del derecho a la libertad de expresión, motivada por su condición de garantía institucional de la opinión pública (si se acepta el término) o por su contribución al afianzamiento del sistema democrático, podría funcionar como una presunción a favor de la legitimidad del ejercicio del derecho. Así, aunque la ponderación deba realizarse siempre (es decir que no bastará con constatar las condiciones de preferencia para declarar automáticamente la legitimidad del ejercicio del derecho), de modo que el valor de la dignidad sea siempre tomado en consideración en cada caso, deberá tomarse en cuenta como un criterio importante la función que cumple la expresión o información difundida, en el caso concreto, para la formación de la opinión pública o el debate público sobre los temas que son de interés general.

Esto es así porque, contrariamente a lo que argumentan las teorías democrático-políticas norteamericanas a partir de una interpretación histórica de la Primera Enmienda, el sistema democrático es para nosotros (me refiero al sistema constitucional continental o de tradición romano-germánica) un mero instrumento, un medio para lograr la garantía y efectiva realización de los derechos fundamentales, y no un fin en sí mismo.

Defender la primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos fundamentales, adoptando criterios foráneos que fundamentan la protección dada a la libertad de expresión a partir de argumentos democrático-políticos es desconocer la estructura de valores y principios de nuestra Constitución. Por eso, no es conveniente hablar de posiciones preferentes basadas en justificaciones consecuencialistas y utilitaristas, como la de la consolidación del sistema democrático.<sup>62</sup>

Así pues, ni el derecho a la libertad de expresión puede gozar de una posición preferente, a priori, frente a otros derechos ni se puede aceptar a partir de dicha preferencia una implícita valoración diferenciada de expresiones protegidas por el derecho (siguiendo una vez más el argumento democrático-político

---

<sup>62</sup> Compartimos la opinión del profesor Francisco Eguiguren cuando sostiene que: “no cabe establecer soluciones rígidas o “principistas” que llevan siempre al predominio a priori y per se de la difusión de informaciones, en desmedro del derecho a la intimidad, por ejemplo. Descarto esta opción pues no encuentro ningún elemento en la doctrina de los derechos humanos que permita concluir que un derecho es siempre “superior” a otro. En ese sentido, cuestiono tanto las tesis que confieren supremacía o preferencia genérica al derecho al honor o a la intimidad como aquellas otras que colocan a la libertad de información necesariamente por encima de estos derechos. (...) Considero que corresponde a los tribunales judiciales, dotados de independencia y en el marco del respeto al debido proceso, ponderar los distintos derechos e intereses en juego, para decidir lo que corresponde en cada caso concreto, según sus propias particularidades y circunstancias” (EGUIGUREN, *op. cit.* Pág. 121).

norteamericano). Todas las expresiones son igualmente importantes: tanto las políticas, como las artísticas; tanto las que contribuyen a la discusión pública sobre temas de interés general, como las que contribuyen a la autorrealización del individuo. Todo esto porque, como vimos, los derechos fundamentales derivan de la dignidad del ser humano y no de su utilidad para el sistema democrático.

Respecto a esto último, debemos tomar en cuenta las palabras de Sartori cuando nos recuerda que es una premisa de los modernos regímenes democráticos el reconocimiento de la individualidad del sujeto; del ámbito privado, no político, que contribuye a su autonomía y autorrealización.<sup>63</sup>

## CONCLUSIÓN

La discusión en torno a la posición preferente del derecho a la libertad de expresión implica, inevitablemente, una discusión sobre las particulares concepciones filosóficas y políticas de este derecho; sobre su relación con el sistema democrático; y, en general, sobre la naturaleza, fundamentos y funciones que cumplen los derechos fundamentales en el contexto de un Estado democrático de derecho.

Es necesario, entonces, reflexionar en torno a las premisas sobre las que se sostienen nuestros principios, como, por ejemplo, aquél que considera que no existe una jerarquía entre derechos fundamentales. Así, es posible cuestionar si aquella equiparación entre derechos no es más que un mito construido sobre la base de una visión idealista de la dignidad del ser humano, o si más bien existen suficientes razones para entender que no todos los derechos pueden tener el mismo valor. Cabe preguntarse, también, si en el marco de un sistema democrático, y/o en beneficio del mismo, puede justificarse una valoración superior de la libertad de expresión referida a temas de interés público sobre cualquier otra consideración.

Desde una visión utilitarista de los derechos fundamentales, puede afirmarse coherentemente la preferencia de algunos derechos sobre otros, en tanto

---

<sup>63</sup> El ideal moderno del individuo-persona es descrito por Giovanni Sartori –en contraposición a la noción de ciudadano, propia de las antiguas democracias como la griega, donde el hombre libre era identificado como animal político– del siguiente modo: “para los griegos el hombre era, por completo, el ciudadano, y la ciudad precedía al ciudadano: era el *polites* el que debía servir a la *polis*, no la *polis* al *polites*. Para nosotros no es así. Nosotros no mantenemos que los ciudadanos están al servicio del Estado, sino que el Estado (democrático) está al servicio de los ciudadanos. Tampoco mantenemos que el hombre se resuelve en la politicidad, que el ciudadano sea “todo el hombre”. Mantenemos, por el contrario, que la persona humana, el individuo, es un valor en sí mismo, independientemente de la sociedad y del Estado. (...) Dicho de modo breve, el mundo antiguo no conocía al *individuo-persona*, no consideraba lo “privado” (...) como esfera moral y jurídica “liberadora” y promotora de autonomía, de autorrealización” (SARTORI, Giovanni. *Elementos de Teoría Política*. Madrid: Alianza Editorial, 1992. Pág. 37).

su ejercicio redunde en beneficio de una idea de bienestar común. En el caso de la alegada preferencia de la libertad de expresión, este bienestar se identifica con el mantenimiento del sistema democrático como concepto abstracto y superior al interés de los individuos.

A partir de una noción consensual del origen de los derechos fundamentales<sup>64</sup>, en la que la propia idea de dignidad —que es el fundamento de estos derechos— es el fruto de un consenso histórico que se renueva en el tiempo, y en la que el sistema democrático aparece como presupuesto de todo posible consenso<sup>65</sup>, es imprescindible reconocer el papel esencial que cumple la libertad de expresión. Desde esta perspectiva, también se podría llegar a sostener una posición privilegiada de este derecho.

Desde una concepción de los derechos fundamentales basada en la dignidad humana como dato objetivo derivado de la naturaleza del hombre, no es posible afirmar prioridad alguna entre estos derechos.

Cada una de estas posiciones presentan sus pros y contras, pero, al adoptarse alguna de ellas, debe procurarse ser coherente con la misma. Por eso, es incongruente sostener que la dignidad, como dato derivado de la naturaleza racional y autónoma del ser humano, es la base de todos los derechos y luego asignar una posición preferente al derecho a la libertad de expresión en función de criterios utilitaristas.

Nosotros, al rechazar la posibilidad de defender una posición preferente del derecho a la libertad de expresión referida a temas público-políticos, a partir de consideraciones utilitaristas importadas del constitucionalismo norteamericano, hemos intentado ofrecer un discurso coherente con el marco de principios y valores constitucionales sobre el que se construye el sistema jurídico y político en el Perú.

---

<sup>64</sup> Aquí se ubica Norberto BOBBIO, por ejemplo. Cfr. PONTARA, Giuliano y BOBBIO, Norberto. “¿Hay Derechos Fundamentales?”. En: *Crisis de la Democracia* (Norberto Bobbio, Giuliano Pontara y Salvatore Veca). Barcelona: Ariel 1985.

<sup>65</sup> DE ASIS, Rafael. “Algunas Notas para una Fundamentación de los Derechos Humanos”. En: *El Fundamento de los Derechos Humanos* (Gregorio Peces-Barba. Compilador). Madrid: Editorial Debate, 1989. Págs. 67-79.