

REFLEXIONES RECIENTES EN TORNO A LA NOCIÓN DE *IUS COGENS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: UNA APROXIMACIÓN A SU RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS.

Tesis sustentada el 2 de julio de 2001 por el señor Carlos Joel Zelada Acuña para optar el título profesional de abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú ante los doctores Elizabeth Salmón Gárate (asesora), Juan José Ruda Santolaria y Fabián Novak Talavera.

Me ha tocado presentar una valoración sobre la tesis titulada "Reflexiones recientes en torno a la noción de *ius cogens* en el Derecho Internacional Público: Una aproximación a su relación con el concepto de Derechos Humanos", que presentó el señor Carlos Joel Zelada Acuña con vistas a optar el título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En ese sentido, cabe destacar la trascendencia y actualidad del tema escogido por el señor Zelada Acuña, quien ha abordado el mismo con gran rigor, excelente manejo de fuentes (bibliografía nacional y extranjera, tratados, textos constitucionales de diferentes Estados y jurisprudencia internacional) y gran claridad expositiva. En efecto, la tesis del señor Zelada Acuña constituye un serio estudio acerca del *ius cogens* en el Derecho Internacional y la relación de aquél con los Derechos Humanos, para cuyo tratamiento se ha dividido el trabajo en dos partes: la primera, cubre el origen de la noción de *ius cogens* en el Derecho de Gentes, mientras que la segunda, desarrolla la relación entre tal noción y las normas internacionales en materia de Derechos Humanos.

A su vez, la primera parte de la investigación consta de dos capítulos. El primero de ellos ofrece un amplio panorama del proceso seguido por la noción de *ius cogens* antes de su incorporación en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, yendo desde el *ius publicum* del Derecho Romano hasta la jurisprudencia previa a tal Convención. El segundo capítulo hace una magnífica presentación respecto a la inclusión del *ius cogens* en la Convención de Viena de 1969, analizando los antecedentes inmediatos, las posiciones contrarias a la inclusión, las posturas formuladas a propósito de la incorporación del *ius cogens* (tesis de la proclamación y tesis de la *opinio iuris cogentis*), las características principales del *ius cogens*, su contenido y los cambios que pueden experimentarse en su concepción, a partir de lo cual se marca la distinción de aquél con el Derecho Natural.

Entretanto, la segunda parte comprende los dos últimos capítulos. El tercer capítulo aborda las relaciones entre el *ius cogens* y los Derechos Humanos; se precisan distintas consideraciones acerca de los Derechos Humanos y su fundamentación, prefiriéndose sobre el particular un enfoque ético antes que iusnaturalista o historicista. Asimismo, se formula una muy interesante reflexión en torno a la protección internacional de los Derechos Humanos y las características de estos, incidiendo en que, frente a un relativismo que enfatiza la inspiración occidental de las construcciones jurídicas en materia de Derechos Humanos, resulta válido sostener la existencia de un "núcleo duro" de derechos fundamentales con alcance verdaderamente universal.

El capítulo cuarto traza una visión de conjunto en torno a las relacio-

nes entre el Derecho Internacional y los ordenamientos internos de los Estados, al igual que sobre las posiciones en la materia presentes en la doctrina y la práctica de los diversos Estados; lo medular, sin embargo, radica en el análisis de las normas y obligaciones de Derechos Humanos que consagran normas de *ius cogens* a partir de su tratamiento en el orden interno de los Estados. Estos, según ocurre en distintos casos en Iberoamérica y se puso especialmente de manifiesto con la Constitución peruana de 1979, refuerzan su imagen y compromiso con la efectiva vigencia de los Derechos Humanos al incorporar en los textos constitucionales referencias explícitas respecto a los principales instrumentos internacionales de los Derechos Humanos, el rango de dichos instrumentos y la protección internacional de los Derechos Humanos.

Adicionalmente, merece resaltarse la calidad de las conclusiones, con adecuado sustento en las dos partes que componen el estudio del señor Zelada Acuña, así como el cuidado puesto por éste en las citas y oportunas referencias a las opiniones de los tratadistas presentes en el trabajo. Personalmente, considero que la tesis del señor Zelada Acuña constituye un valioso aporte para la reflexión sobre un tema con singular trascendencia y proyección de futuro en el Derecho de Gentes y las relaciones internacionales.

*Juan José Ruda Santolaria
Profesor de la
Pontificia Universidad
Católica del Perú*

“LA TEORÍA CAUTELAR. BASES PARA LA FORMACIÓN DE UN SISTEMA CAUTELAR PERUANO”

La lectura del libro titulado “LA TEORÍA CAUTELAR. BASES PARA LA FORMACIÓN DE UN SISTEMA CAUTELAR PERUANO”, del cual es autor JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS, es enriquecedora.

Es bien difícil lograr una teoría sobre las cautelas, sin embargo, Monroy Palacios, lo logra y además, logra asir, las diferencias entre las medidas autosatisfactivas y las cautelas, sosteniendo que las primeras deben ser ubicadas dentro de esa corriente que habla de tutela judicial urgente y que dentro de los procesos de conocimiento obtienen un trato diferenciado; pero que realmente se trata de procesos donde es imperiosa una solución inmediata sobre el fondo del pedido que sustenta dicha medida. Se trata, sostiene, de un proceso autónomo, pues carece del rasgo de instrumentalidad respecto de otro proceso. El límite de irreparabilidad, propio de la teoría cautelar, no es aplicable a las medidas autosatisfactivas, ya que esa ponderación no se requiere, pues se encaminan a dar solución definitiva.

Estoy de acuerdo con el resto de planteamientos que hace para darle individualidad, a las llamadas medidas autosatisfactivas.

No sobra advertir que se nota en el autor la ansiedad justa por lograr que las sentencias judiciales sean efectivas, en realidad si se penetra esa ansiedad, uno llega fácilmente

te a la conclusión que toda sentencia ineficaz crea más alarma inclusive, que la denegación de justicia, porque todo proceso bien llevado “crea una realidad”, que se patrimonializa, y si no resulta eficaz, la gente cree que se realizó un hurto y crea encono y desarmonía social.

Comparto con el autor esa preocupación y su honradez al mostrarla. Desde el inicio sin descuidar los principios nos muestra su ideología cuando nos dice: “... pues creemos que el estudio del derecho implica un compromiso destinado a mejorar la condición de vida del hombre a través de la social con justicia”. En esta línea un trabajo científico no debe ser confundido con un análisis descriptivo de una determinada situación, por el contrario, atrás de cada estudio existe una finalidad que lo trasciende y que en realidad esconde el verdadero valor de la investigación.

Considero pues, a Monroy Palacios, un magnífico investigador, sensato y ponderado en sus planteamientos y por sobre todo, comprometido en esa búsqueda de hacer una buena justicia.

No le escatimo a este brillante y joven jurista (ser joven sirve para sumar, por ello uso el joven en esa forma) ningún ditirambo.

*Jairo Parra Quijano
Universidad Externado de Colombia
Presidente del Instituto Colombiano
de Derecho Procesal
Vice-Presidente del Instituto
Iberoamericano de Derecho
Procesal*

LOS DERECHOS A LA INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN FRENTE AL HONOR Y LA VIDA PRIVADA

La tesis sustentada por Víctor Hugo Montoya Chávez, con la cual obtuvo el Título Profesional de Abogado por nuestra universidad, plantea uno de los temas neurálgicos para el Derecho Constitucional y el Estado Democrático: el relativo a las relaciones jurídicas entre los derechos a la información y expresión versus los derechos al honor y la intimidad. Sin embargo, esta relación adquiere toda su potencialidad o se visualiza su problemática jurídica completa, cuando se le inserta en un régimen político determinado.

Así, en la democracia el poder está limitado y controlado; más aún, el origen de la democracia moderna se debe al principio de la limitación del poder estatal. Pero, hoy en día, el poder no reside única ni principalmente en el Estado, sino en los poderes privados. En particular, en los medios de comunicación televisivos, quienes han hecho casi absolutamente suyo el derecho a la información; al punto que, como dijo Popper, “la televisión se ha convertido en un poder descontrolado, incluyendo desde el punto de vista político. Y esto contradice el principio de que en una democracia todo poder debe estar controlado”¹.

Pero, el ejercicio abusivo de la libertad de expresión e información de los medios de comunicación televisiva también afecta exponencialmente los derechos fundamentales a la información, expresión, honor e intimidad de las personas naturales y jurídicas.

Lo cual está vinculado a la posición que asume la televisión frente a la autoridad y la sociedad. Por eso, cuando algunos medios de comunicación llegaron a distanciarse radicalmente del régimen fujimorista, como en el caso del Canal 2 y del Canal 9 de televisión, o, Radio Miraflores, la respuesta del gobierno de entonces fue la persecución tributaria o el retiro de los gestores y periodistas de dichos medios.

Ese proceso llegó a su máxima expresión, cuando al propietario nacionalizado peruano del Canal 2, Baruch Ivcher, se le retiró la nacionalidad peruana y, en consecuencia, la propiedad sobre su canal de televisión de acuerdo a ley; terminando aislado en el exterior luego de haber pasado de ser un virulento defensor del gobierno y en particular de la cúpula militar, a un declarado opositor periodístico.

Simultáneamente, los grandes canales de televisión –Canal 4 y Canal 5– allanados al régimen usufructuaban del tráfico ilícito de influencias mediático; en virtud del cual desarrollaron una programación informativa y recreativa en abierta violación a la dignidad humana, base de la libertad de expresión e información, así como del honor e intimidad de los televidentes. Todo ello fue posible gracias a que las autoridades de entonces entendieron rápidamente que la “televisación de los poderes es una formalización de los mismos, que incide de modo radical en las relaciones entre los gobernantes y los gobernados”².

De allí el interés gubernamental por controlar directa o indirecta-

mente la televisión, presionando o comprando a los propietarios de los medios, debido a que no hay regulación específica o autoridad supervisora que asuma el desafío de controlar democráticamente el abuso sobre los medios de comunicación social. Olvidándose que la politización de la televisión termina corrompiendo a la sociedad; por cuanto, “la televisión tiene un enorme poder sobre la mente humana, un poder que no existió nunca antes. Si no restringimos su influencia, seguirá alejándonos de la civilización, haciendo que los maestros queden sin poder hacer nada al respecto. Y al final del túnel, no hay nada más que violencia”³.

Retomar una perspectiva constitucional en el uso de los medios de comunicación, parte de concebir a la dignidad como un parámetro de control de los excesos de las empresas de comunicación social; así como, también, supone desarrollar funciones constitucionales a los medios, a fin de que promuevan el desarrollo de la persona humana, a través de la infomación objetiva, veraz e imparcial; la separación entre información y opinión; el respeto a la igualdad y el pluralismo político, cultural, religioso; el respeto al honor y la vida privada –intimidad–; la protección a la infancia y la juventud, así como, el respeto a los valores democráticos y constitucionales.

Como el ejercicio legítimo de un derecho fundamental nunca puede suponer una infracción constitucional o un ilícito penal; tampoco puede existir libertad de expresión e información, si no existe respeto al derecho al honor y a la

¹ POPPER, Karl. “Las lecciones de este siglo. Con dos charlas sobre la libertad y el estado democrático.” (entrevistado por Giancarlo Bosetti), Barcelona, Temas, 1998, p. 91.

² JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel. “La ilusión política. ¿Hay que reinventar la democracia en España?”. Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 130.

intimidad, en el marco democrático funcional señalado. Esta ecuación constitucional se fundamenta en última instancia en la defensa y promoción de la dignidad de la persona humana; porque no puede existir dignidad humana sin libertad informativa y de expresión de los medios de comunicación en general y de los periodistas en particular, como tampoco sin el respeto al honor y a la intimidad de las personas naturales y jurídicas.

Con el avance de la tecnología y la informática, los medios de comunicación y la televisión en particular han sabido llevar hasta sus límites las libertades de información y de expresión, permitiendo que los ciudadanos se ubiquen plácidamente en la sociedad de la información; aunque en el mundo que los medios de comunicación quieren dar a conocer. En esa tensión se ubica la tesis de Montoya, en la medida que el Derecho se ha enfrentado a estos fenómenos de forma insuficiente, generándose una desprotección del honor y la vida privada cada vez más evidente.

En esa perspectiva, la Tesis está dividida en los siguientes capítulos:

Como quiera que el trabajo busca encontrar un balance entre las libertades de información y expresión con los derechos al honor y la vida privada, en el primer capítulo, se plantea la teoría de los derechos fundamentales como el puente que integre a ambas esferas de libertades y derechos. Si bien, la teoría de los derechos fundamentales ha sido desconocida por el constitucionalismo positivista, bajo el estrecho entendido de que no es práctica; sin embargo, el autor precisamente plantea su uso

desde la perspectiva de una Constitución concreta.

La teoría de los derechos fundamentales es el producto de un cambio ideológico del derecho, que le otorga fuerza normativa vinculante a la Constitución y renueva el sentido de los derechos fundamentales, transformándolos en derechos exigibles judicialmente. Si bien es cierto que no existe una sola teoría, sino teorías de los derechos fundamentales, también es de resaltar que Montoya muestra su preferencia por las teorías institucional y argumentativa, caracterizada la primera por proteger no sólo al titular de un derecho –derecho subjetivo–, sino también a la comunidad –derecho objetivo–, mientras que la segunda, busca otorgar un razonamiento racional de los derechos.

Los derechos fundamentales están recogidos en la Constitución y son interpretados de conformidad con los tratados internacionales de los que el Perú es parte; pero, ello no es suficiente, sino que los ciudadanos consideren dichos derechos como institutos vivos y por tanto mutables, en un sentido de *living Constitution*, donde los derechos fundamentales adquieren una cualidad de apertura y el intérprete asume un rol activista en su tutela judicial.

En un segundo capítulo, sobre la base del sustento teórico, se parte de la bidimensionalidad de los derechos fundamentales de información, expresión, honor y vida privada; primero estudiándolos de manera individual, a través de sus elementos y su concretización, para luego revisar su interrelación, a través de la ponderación de intereses, que considere la diferente implicancia entre los titulares de dichos derechos –personas natu-

rales y jurídicas– e identifique el contenido esencial y accidental en la relación entre las libertades y derechos en conflicto.

Es aquí donde las técnicas de la interpretación constitucional aparecen con toda su fuerza argumental y eficacia para desarrollar los derechos fundamentales; pero, distinguiendo según la teoría argumentativa entre las reglas de los principios. Donde las libertades y derechos de información, expresión, honor y vida privada son principios, en tanto son mandatos de optimización o realización en la mayor medida de lo posible; con lo cual, pierde sentido o quedan relegadas las tesis clásicas del *indubio pro homine* o la posición preferente de los derechos de libertad versus los derechos patrimoniales –*preferred freedoms*–, en la medida que se buscará integrar ambas esferas de los derechos.

En el capítulo tercero, se aborda al estudio de las libertades de información y de expresión, que las denomina como derechos de comunicación del discurso; planteando las cuestiones propias de su configuración como una dualidad de derechos de clara relevancia democrática, sobretodo a partir del ejercicio de la función periodística de investigación; tarea en la cual se pone en evidencia los límites de la labor periodística en relación no sólo al Estado, sino también a los propios dueños de los medios de comunicación y, por ende, de las formas de información del público.

En el capítulo cuarto, trata los derechos al honor y vida privada, a los que denomina derechos de respeto propio. Al respecto, es unívoco el reconocimiento de que

¹ POPPER, Karl. Ob. cit., p. 97.

los mismos han sido minimizados y vulnerados en la práctica por el Estado y los particulares, al ser concebidos únicamente como derechos de defensa y no de promoción.

En el capítulo quinto, parte de establecer una relación de conflicto o colisión entre las libertades de información y expresión con los derechos al honor y vida privada; base sobre la cual se establecen los contenidos accidentales o límites externos entre los mismos, fundándose en la ponderación de los bienes constitucionalmente protegidos; que desarrolla, a través de los criterios genéricos de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida, así como de los criterios específicos de proyección pública e interés público del hecho noticiable o personaje público.

El capítulo sexto está dedicado a examinar el aspecto final de la ponderación, a través de los supuestos especiales de relación entre los derechos al honor y la vida privada, de un lado, y a la

información y la expresión, de otro. Al respecto, la relación de ambas esferas de derechos, a través de la casuística de la jurisprudencia comparada y comparada, le permiten identificar el contenido de los derechos en relación con los otros. Es a partir de este proceso que plantea Montoya que se puede observar si el ejercicio de uno de ellos puede ser abusivo.

Así, para considerar que hay un ejercicio abusivo de cualquiera de las libertades de información y la expresión y derechos al honor y la vida privada, deberían tener tres características: primero ser un discurso perjudicial, segundo que no exista consentimiento y tercero que la forma de la vulneración sea por culpa o dolo.

Finalmente, como una tesis polémica se plantea que la protección judicial de dichas libertades y derechos encuentran en el proceso del amparo preventivo un mecanismo de tutela; en virtud del cual podrá existir excep-

cionalmente censura o impedimento a los derechos a la información y expresión, siempre que exista un hecho u omisión por parte de cualquier funcionario o persona, que amenace los demás derechos reconocidos por la Constitución. Sin embargo, la Tesis no desconoce otros procesos judiciales, así como medidas legislativas y de autorregulación de los propios medios de comunicación.

Por último, la Tesis contiene un alto contenido teórico y académico, pero, presenta una condición preliminar para su validez, que si bien escapa al trabajo, es ineludible mencionarla; que exista previamente un Estado democrático y constitucional. En esa medida, en la actualidad el país se encuentra menos lejos de contar con un marco constitucional necesario para el inicio del desarrollo de las tesis reseñadas.

*César Landa
Doctor en Derecho por la
Universidad Alcalá de Menares*