

Recensión a *La Libertad de Expresión e Información y el Derecho a la Intimidad Personal*

Ed. Palestra, Lima, 2004.

RESEÑA A CARGO DE **BETZABÉ MARCIANI**

El derecho a la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, así como el conflicto entre ambos derechos, son temas de estudio recurrente en el ámbito académico-jurídico. No son pocos los trabajos que, una y otra vez, han procurado explicar la naturaleza y contenido de estos derechos, y proponer la mejor alternativa de solución a su eventual conflicto. No obstante, la actualidad de estos temas justifica sobradamente la importancia de su estudio.

La trascendencia que actualmente tiene la libertad de expresión en el desarrollo del sistema democrático –principalmente en países que, como el nuestro, tratan de superar su histórica tendencia a los regímenes autoritarios– así como la recepción de teorías de corte utilitarista sobre los fundamentos de este derecho, nos proponen una nueva perspectiva acerca de su contenido, límites y relación con otros derechos y bienes jurídicos.

Por otro lado, los continuos excesos de los medios de comunicación, que escudados en una supuesta libertad de expresión atropellan derechos como el honor o a la intimidad no sólo de los denominados personajes públicos sino de los ciudadanos comunes y corrientes, nos obliga a cuestionar la actual situación de dichos derechos y la eficacia de sus mecanismos de protección.

A todo esto habría que añadir que, como dice el profesor Francisco Eguiguren –autor del libro que ahora comentamos–, los derechos a la libertad de expresión y a la intimidad, aunque antiguos, presentan hoy nuevos desarrollos e incluso originan nuevos derechos (como ocurre con el denominado derecho a la autodeterminación informativa, una derivación del derecho a la intimidad que ha sido poco estudiada en el Perú y –a decir del autor– aún peor desarrollada en nuestra norma constitucional).

Sin embargo, más allá de las razones anteriormente expuestas para justificar la relevancia del estudio de estos temas, consideramos que el principal aporte del presente trabajo es el enfoque personal que propone su autor respecto al problema principal del mismo: el llamado conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad y su posible solución.

El profesor Eguiguren ha estado comprometido con los temas que son materia de análisis en este libro desde hace ya varios años, tanto desde su cátedra de Derecho Constitucional, como en el campo de la investigación jurídica¹. En esta ocasión, el objetivo del libro que nos presenta apunta al estudio detallado de algunos derechos, esencialmente referidos a la intimidad y a la libertad de expresión, y a su conflicto. Este último supuesto se presenta como el problema principal en torno al cual gira la discusión del libro. El autor propone como hipótesis de solución la necesidad de establecer criterios que sirvan a la necesaria ponderación del juez, en cada caso concreto, como única vía posible para resolver los posibles conflictos entre los derechos a la libertad de expresión y a la intimidad, abandonando, de este modo, cualquier postura que establezca *a priori* la posición preferente de alguno de estos derechos.

En este libro, el autor retoma su tesis propuesta en «Las Libertades de Expresión e Información: Alcances y Límites»² y la defiende enfáticamente, a contracorriente de la posición que actualmente mantienen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Constitucional. De este modo, afirma que «(l)a doctrina de la posición preferente de la libertad de expresión e información encuentra fundamento en un sistema como el de los Estados Unidos, pero no en el régimen constitucional peruano que expresamente, en el artículo 1° de la Carta Política, *tiene a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como principio y deber fundamental del Estado y la Sociedad*»³

1. El profesor EGUIGUREN es autor, entre otros, de los siguientes trabajos sobre temas vinculados al derechos a la intimidad y al derecho a la libertad de expresión: «El Hábeas Data y su Desarrollo en el Perú». En: *Derecho*. N.º 51. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre de 1997; «La Libertad de Información y su Relación con los Derechos a la Intimidad y al Honor: El Caso Peruano». En: *Ius et Praxis*. Revista de la Universidad de Talca, año 6, N.º 1, Chile, 2000; *Estudios Constitucionales*. Lima: ARA Editores, 2002.
2. 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, pp. 115-123.
3. EGUIGUREN, Francisco. *La Libertad de Expresión e Información y el Derecho a la Intimidad Personal*. Lima: Palestra, 2004, p.235.

En efecto, la teoría de la posición preferente de la libertad de expresión tiene su origen en la tesis de la posición preferente de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana —norma que reconoce, entre otros derechos, al de la libertad de expresión— y ha sido desarrollada a partir de una interpretación de dicha enmienda influenciada por las llamadas teorías democráticas sobre los fundamentos del derecho a la libertad de expresión —preponderantes tanto en la doctrina como en la judicatura norteamericana— que ven en éste más que un derecho individual o una manifestación de la dignidad del individuo, un elemento esencial del sistema democrático de gobierno, instituido por los fundadores de la nueva nación americana como la forma de gobierno inherente a esa nación y reconocida como un valor fundamental en su Constitución.⁴ De ahí que se establezca la necesaria primacía de este derecho —cuando se refiera a temas políticos o de interés público— frente a otros intereses, bienes jurídicos o derechos constitucionales. La interpretación de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, y con ello el valor preferente que se le otorga a los derechos ahí reconocidos, responde a factores históricos y culturales diferentes a los nuestros. Por eso, reconociendo lo inoportuno de una teoría como la de la posición preferente de la libertad de expresión en nuestro ordenamiento constitucional —en el que no se establece una jerarquía de derechos fundamentales y donde se consagra como principio rector del sistema jurídico y político al de la dignidad del ser humano—, el profesor Eguiguren rechaza dicha teoría y aconseja la necesaria ponderación en cada caso concreto, aunque con «una orientación general en favor del predominio de la libertad de información»⁵, debido a su innegable valor dentro del sistema democrático.

En torno al problema principal de este libro, el autor desarrolla otros temas importantes como el de las restricciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información por causal de seguridad nacional o de moral pública; los problemas y discusiones actuales sobre los derechos de rectificación y respuesta (este último —como indica Eguiguren— rechazado por nuestro Tribunal Constitucional a partir de una errónea interpretación restrictiva de la Constitución); el derecho a la autodeterminación informativa (cuyo

-
4. Sobre el tema ver: BORK, Robert. «Neutral Principles and Some First Amendment Problems». En: *Indiana Law Journal*. N° 47, 1971; MEIKLEJOHN, Alexander. «Testimony on the Meaning of the First Amendment», 1955. En: <http://w3.trib.com/FACT/1st.meilke.html>; MEIKLEJOHN, Alexander. «The First Amendment is an Absolute». En: *Supreme Court Review*. N° 245, 1961; FISS, Owen. *La Ironía de la Libertad de Expresión*. Barcelona: Gedisa, 1999.
 5. EGUIGUREN, Francisco. *Op. cit.*, p. 234.

desarrollo en la norma constitucional es criticado por el autor debido a la no inclusión expresa del derecho de acceso a la información contenida en bases de datos, así como por el uso desafortunado del término *servicios informáticos*); etc.

A nuestro parecer, sin embargo, el aporte más importante del autor es su estudio sobre la naturaleza de la llamada censura previa de la libertad de expresión.

En contraposición a la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —que han calificado de censura previa, incluso, las decisiones que pueda tomar un tribunal nacional a efectos de impedir la difusión de algún tipo de información o de expresión que pueda afectar el derecho al honor o a la intimidad de un tercero⁶—, el profesor Eguiguren, sostiene que «(l)a prohibición de toda censura previa (...) se refiere a los actos de interferencia provenientes de las **autoridades administrativas o políticas**, cuando pretendan supeditar la difusión de informaciones a contar con su control o aprobación previa de los contenidos.»⁷

Como señala el autor, «la norma de la Convención Americana, que establece la responsabilidad ulterior por los excesos que se cometan en el ejercicio de la libertad de expresión e información y la proscripción de toda censura previa, fue expresa y deliberadamente incluida ante la desafortunada experiencia de las prácticas represivas de algunos gobiernos latinoamericanos durante regímenes autoritarios o de facto, muchas veces mediante la intervención del aparato judicial o con su anuencia.»⁸ En esta línea de razonamiento debe entenderse la actitud recelosa que asume la Corte Interamericana frente a los fallos de los tribunales nacionales que buscan impedir la difusión de informaciones o la manifestación de expresiones que puedan atentar contra derechos como la intimidad o el honor de terceros, y a los que califica como una forma de censura previa no autorizada por la Convención Americana. La necesidad de otorgarle una protección reforzada al derecho a la libertad de expresión —garantía y presupuesto del sistema democrático— en el contexto de sociedades que, como la nuestra, se encuentran en continuo proceso de institucionalización democrática es, al parecer, para la Corte Interamericana suficiente justificación para sacrificar la tutela de otros derechos como el honor,

6. Cfr. Caso Martorell y caso La Última Tentación de Cristo, reseñados también por el autor (*Ibid*, pp. 69- 78).

7. *Ibid*, p. 240. El resaltado en el texto es nuestro.

8. *Ibid*.

la intimidad o la imagen. No obstante, la constatación histórica de la influencia negativa del poder político en los órganos judiciales —como bien afirma el autor— «no puede llevar a aceptar, como regla inquebrantable, fórmulas que conducen a descartar toda intervención judicial preventiva o correctiva en estos casos. Hacerlo sería *descalificar a priori* la actuación de los órganos jurisdiccionales, a pesar de estar estatuidos precisamente para controlar o corregir las violaciones de los derechos fundamentales perpetrada por cualquier autoridad o entidad pública o persona particular.»⁹

En el caso del derecho a la intimidad, cuyo contenido es materia de estudio en este libro, el profesor Eguiguren explica lo disfuncional de la tesis que califica como censura previa a los procesos judiciales que buscan la tutela preventiva de este derecho. En opinión del autor, calificar a la acción de amparo como un tipo de censura previa supondría una desprotección absoluta del derecho a la intimidad, en la medida que su vulneración se configura con la mera intromisión o divulgación no autorizada de aspectos vinculados al ámbito reservado del sujeto. En tal caso, sólo una medida que, por ejemplo, impidiese el acceso o la difusión de datos referidos a la intimidad del sujeto serviría para proteger efectivamente el derecho, pues toda reparación posterior sería meramente simbólica. Debido a la especial naturaleza del derecho a la intimidad, «una vez que los terceros toman conocimiento de los hechos de carácter íntimo o privado ya no hay forma de recuperar la reserva quebrantada y la agresión devendría en *irreparable* desde el punto de vista estrictamente constitucional, por lo que resultaría ineficaz la acción de amparo.»¹⁰

Aunque el razonamiento que propone el autor es absolutamente coherente y responde efectivamente a la especial naturaleza que tiene el derecho a la intimidad, nosotros consideramos que, a partir de la lectura de los principios que recoge nuestra norma constitucional, todos los derechos merecen las mismas posibilidades de realización y de tutela, más allá de las consecuencias que su protección o desprotección pueda ocasionar en la realidad. Nuestra lectura de los derechos fundamentales es de tipo principista y no consecuencialista, por eso hubiésemos preferido una actitud igualmente enfática respecto de la tutela de los derechos al honor o a la imagen, como la que propone el autor respecto al derecho a la intimidad.

Más allá de las virtudes del libro que comentamos —la pertinencia de los temas que aborda; el empleo de fuentes bien documentadas (como la legislación y la jurisprudencia comparada, la imprescindible jurisprudencia de la

9. *Ibid*, pp. 241-242.

10. *Ibid*, pp. 134-135

Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, las cuales aborda el autor a partir de una lectura crítica); el estilo claro y contundente; etc.— creemos que es la hipótesis de trabajo del autor su principal aporte. En efecto, la defensa de la necesaria ponderación de los derechos fundamentales como mecanismo de solución de sus eventuales conflictos y el rechazo de la posición preferente de la libertad de expresión son sustentados enfáticamente por el autor a lo largo del libro, pero además nos permite ir más allá de los temas concretos de este trabajo y plantear la discusión en torno a la función que deben asumir nuestros jueces frente al desarrollo de los derechos fundamentales y a sus exigencias de garantía en casos como estos.

En el proceso de institucionalización democrática que atraviesa el Perú, la función jurídica y política (en sentido amplio) que cumplen nuestros jueces como garantes de los derechos fundamentales no puede ser limitada a partir de concepciones descontextualizadas y funcionalistas de los derechos fundamentales. La interpretación de las normas constitucionales y de los tratados internacionales que reconocen estos derechos, no puede estar predefinida de forma absoluta por ningún tribunal ni debe ser asimilada acríticamente por nuestros órganos jurisdiccionales. El razonamiento y la argumentación que presupone la ponderación de los derechos en conflicto en un caso concreto son capacidades inherentes a la labor de nuestros jueces. Su importante función como garantes de los derechos fundamentales es reconocida por el autor en este libro al sustentar la no inclusión de sus resoluciones como supuestos de censura previa de la libertad de expresión. Este libro es, por eso también, un llamado de atención sobre la importante misión que les toca cumplir a nuestros jueces tanto en la protección de los derechos fundamentales como en el afianzamiento del sistema democrático.