

LIBERTAD DE EXPRESIÓN: FUNDAMENTOS Y LÍMITES A SU EJERCICIO

Luis Alberto Huerta Guerrero[∞]

A continuación se presentan las conclusiones de la tesis presentada para obtener el grado de Magíster en Derecho Constitucional, y que fuera sustentada el pasado 9 de julio en la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. El estudio de todo derecho fundamental debe empezar por identificar sus fundamentos, es decir, las razones que justifican su importancia y el reconocimiento especial que recibe en un ordenamiento jurídico. En el caso de la libertad de expresión, su estudio y análisis no puede partir de considerarlo simplemente como uno de los varios derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales. Se requiere poner especial atención a las teorías que se han elaborado respecto a sus fundamentos, de modo tal que puedan comprenderse las razones por las que, ante un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, la decisión que se adopte estará guiada decisivamente por su particular importancia en un Estado constitucional.
2. Los fundamentos de la libertad de expresión han sido elaborados desde diversas perspectivas y enfoques, que resaltan la importancia de la difusión de ideas e informaciones para el desarrollo del ser humano y su autonomía individual, el fortalecimiento de la democracia, la formación de una opinión pública libre, la garantía de otros derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad, y la creación de un libre mercado de ideas.
3. Las obras *Areopagítica* de John Milton (1644) y *Sobre la libertad* de John Stuart Mill (1859), constituyen dos importantes antecedentes históricos relacionados con los fundamentos de la libertad de expresión. Aunque se encuentran separadas por cerca de doscientos años, ambas demuestran un nivel de consenso permanente en el tiempo en torno a los fundamentos de este derecho fundamental.
4. Para Milton, las restricciones a la libertad de expresión sólo limitan la creatividad y paralizan la verdad, desconociendo la importancia de este derecho para el desarrollo de nuevas ideas y conocimientos por parte del ser humano. Restringir este derecho implica impedir la circulación de nuevos puntos de vista, negando la posibilidad de que exista una pluralidad de ideas, elemento imprescindible para el contraste y debate entre ellas. En

[∞] Profesor de Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú. E mail: luis.huerta@puccp.edu.pe.

el caso de Mill, sus argumentos a favor de la libertad de expresión se centran en los siguientes aspectos: a) silenciar una opinión por considerar que es falsa implica asumir una posición de infalibilidad, b) una opinión admitida como verdadera debe enfrentarse a una opinión contraria, aunque sea falsa, a fin de fortalecer la comprensión y las convicciones sobre su contenido, c) una opinión admitida como verdadera que no sea refutada será seguida pero no se comprenderán sus fundamentos racionales, y d) una opinión admitida como verdadera que no sea refutada, puede perderse o debilitarse, sin alcanzar su objetivo de formar caracteres y conductas.

5. A diferencia de los planteamientos de Milton y Mill, los fundamentos modernos de la libertad de expresión se enmarcan en una perspectiva jurídico-constitucional, por tratarse de teorías esgrimidas a partir del reconocimiento de la libertad de expresión en los textos constitucionales. Entre ellas se puede mencionar la teoría libertaria, que encuentra su principio orientador en la autorrealización personal del individuo, relacionada intrínsecamente con la autonomía y la dignidad de la persona; o la teoría democrática, que subraya la importancia de este derecho para el fortalecimiento del sistema democrático, por lo que se trata de un fundamento político, donde el discurso protegido es aquél que contribuye a que los ciudadanos adopten las decisiones necesarias para el desarrollo del gobierno.
6. La variedad de fundamentos sobre la libertad de expresión no implica escoger el que parezca mejor elaborado, sino que todos ellos deben ser integrados, dado que contribuyen a fortalecer la libertad de expresión y a resolver los problemas relacionados con su ejercicio. En el campo práctico, una posición *integradora* ofrece un amplio margen de acción para garantizar el discurso que busca ser legalmente restringido. Sólo con este enfoque se logrará materializar la real dimensión de la libertad de expresión, que al no representar únicamente un interés individual, sino también colectivo, adquiere especial importancia al momento de ser confrontado con otros derechos o bienes jurídicos constitucionales.

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

7. La libertad de expresión ha sido reconocida como un derecho fundamental, es decir, como un derecho esencial para el desarrollo del ser humano como tal y en colectividad. En atención a esta característica, se han desarrollado a su favor un conjunto de medidas orientadas a su respeto y garantía, como su reconocimiento en los textos constitucionales, su reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos, el cumplimiento de determinadas obligaciones específicas por parte del Estado, así como el establecimiento de mecanismos que permitan su protección judicial rápida y efectiva.
8. En diversos países, la libertad de expresión ha sido reconocida como un derecho fundamental desde los primeros textos constitucionales hasta la

actualidad. Este reconocimiento origina importantes consecuencias jurídicas, pues todo análisis relacionado con su ejercicio deberá necesariamente tomar en consideración la existencia de otros derechos fundamentales y bienes que también gozan de protección constitucional, con los que puede entrar en conflicto pero con los que también debe ser armonizado. Asimismo, su reconocimiento constitucional le otorga a este derecho una protección especial frente al legislador, quien al momento de regular su ejercicio, debe respetar su contenido constitucionalmente protegido, pues en caso contrario las normas que emita sobre la materia podrán ser expulsadas del ordenamiento jurídico por inconstitucionales.

9. Las normas constitucionales se limitan a reconocer de forma general la libertad de expresión, sin precisar mayores alcances en cuanto a su contenido o los límites a su ejercicio, lo que implica una especial labor por parte del intérprete constitucional, a efectos de precisar el ámbito de tutela que la Constitución otorga a este derecho. Esta tarea no puede llevarse a cabo con los criterios clásicos de interpretación de las normas jurídicas. Como derecho constitucional, le corresponde una interpretación especializada, a partir de su reconocimiento como elemento fundamental del Estado Constitucional y como un derecho que merece especial protección frente a cualquier intento de limitar en forma arbitraria su ejercicio.
10. La libertad de expresión ha sido reconocida como un derecho humano en el derecho internacional, desde las primeras normas declarativas de derechos de mediados del siglo XX hasta los tratados sobre la materia. Este reconocimiento obliga a interpretar su contenido y los posibles problemas que se originen por su ejercicio, tomando como referencia que también existen otros derechos o bienes jurídicos que gozan de reconocimiento y protección internacional, con los cuales deberá necesariamente ser armonizado.
11. El reconocimiento de la libertad de expresión en las normas internacionales le otorga un marco de protección adicional al que se deriva de su reconocimiento en la Constitución, pues las normas internacionales establecen unos estándares mínimos de protección que los Estados se encuentran obligados a respetar; en caso contrario, son pasibles de responsabilidad internacional. Asimismo, el contenido de los instrumentos declarativos y convencionales debe ser tomado en consideración al momento de interpretar los derechos reconocidos en los textos constitucionales, como lo establece la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. De igual modo, la jurisprudencia de los tribunales internacionales deberá ser observada por los tribunales nacionales al resolver controversias relacionadas con el ejercicio de este derecho fundamental.
12. El reconocimiento de la libertad de expresión como derecho fundamental implica que los Estados tienen dos obligaciones específicas: las

obligaciones de respeto y garantía de este derecho. Por la primera, los Estados se encuentran impedidos de realizar actos contrarios a la libertad de expresión, mientras que por la segunda, deben adoptar todas las medidas que permitan a toda persona su goce y ejercicio, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar todo acto que afecte la libertad de expresión. Todas estas obligaciones se derivan de las normas internacionales de derechos humanos, así como de los propios textos constitucionales.

13. Para la efectiva vigencia de la libertad de expresión, no resulta suficiente su reconocimiento en las normas nacionales e internacionales, sino que deben existir mecanismos especiales que aseguren su adecuada protección ante cualquier amenaza o violación. Esta protección tiene que ser de carácter jurisdiccional, de modo que lo decidido por los tribunales adquiera la calidad de cosa juzgada y se puedan hacer efectivos los mecanismos coercitivos orientados al cumplimiento de la sentencia respectiva. Por este motivo, los Estados se encuentran obligados a contemplar en sus respectivos ordenamientos jurídicos recursos efectivos y sencillos para la protección judicial de la libertad de expresión. En el Perú, el proceso de amparo, reconocido en el artículo 200º inciso 2º de la Constitución y desarrollado en el Código Procesal Constitucional, constituye el mecanismo judicial previsto a nivel interno para la tutela de este derecho, aunque su uso con esta finalidad todavía es escaso.

III. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ASPECTOS GENERALES

14. Los límites a la libertad de expresión pueden ser definidos como toda reducción de alguno de los elementos jurídicos que conforman su contenido. La justificación de la potestad del legislador para establecer estos límites parte de la premisa que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que admiten restricciones, pues a partir de su reconocimiento e incorporación en un ordenamiento jurídico, coexisten con otros derechos o bienes constitucionales, por lo que pueden presentarse situaciones que impliquen la necesidad de proteger estos derechos o bienes frente a un determinado ejercicio de la libertad de expresión. Será en tales supuestos que el legislador se encontrará facultado para restringir la difusión de ideas e informaciones, correspondiendo a los tribunales resolver cualquier controversia sobre la materia, en la búsqueda de una armonía entre la libertad de expresión y los derechos fundamentales de los demás y los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.
15. Las restricciones a la libertad de expresión pueden estar orientadas a prohibir la difusión de un determinado discurso (restricciones sobre el *contenido*) o regular la forma, tiempo, lugar o medio en que puede ser transmitido (restricciones *neutras*). La precisión sobre el tipo de restricción (sobre el *contenido* o *neutras*) tiene consecuencias importantes, pues en los supuestos en que se prohíbe la difusión de una determinada idea o información el análisis jurídico de la restricción es más intenso que en

aquellos en que la limitación se relaciona con el tiempo, lugar o modo empleado para difundir un mensaje.

16. Todo límite a la libertad de expresión debe cumplir con determinados requisitos, tanto de orden *formal* como *sustantivo*, de modo tal que no se produzca una arbitraria restricción en su ejercicio.
17. El requisito formal se relaciona con las características que debe tener la norma que establece restricciones al ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado, se opta por considerar a la ley en su sentido formal, como la fuente autorizada para establecer una restricción a los derechos fundamentales. Sin embargo, ésta no es la posición adoptada por el Tribunal Constitucional peruano, que en la práctica ha admitido que a través de normas distintas, como el caso de las ordenanzas municipales, puedan establecerse límites a su ejercicio. A nuestra consideración, las restricciones a la libertad de expresión relacionadas con el contenido del mensaje deben ser aprobadas mediante una ley del Congreso, por tratarse de las restricciones más intensas al ejercicio de este derecho, mientras que las restricciones neutras –sobre la forma de transmitir el mensaje– pueden ser establecidas mediante una ley en sentido formal u otra norma con rango similar, como es el caso de las ordenanzas municipales. Se trata de una opción que permite conjugar proporcionalmente la necesidad de garantizar la libertad de expresión con los diversos tipos de restricciones que pueden ser efectuados a su ejercicio.
18. Junto con el requisito formal, toda limitación al ejercicio de la libertad de expresión debe observar determinados requisitos sustantivos. En este sentido, debe estar orientada a alcanzar un objetivo legítimo, que puede ser la protección de otro derecho fundamental o de algún bien que tenga protección constitucional. Asimismo, se requiere que exista una relación directa entre la limitación que se establece y el objetivo que se desea alcanzar. De igual modo, es importante analizar si para alcanzar ese objetivo puede establecerse otra medida distinta a la restricción del derecho fundamental. De considerarse la medida necesaria, tendrá que analizarse si es proporcional al derecho o bien constitucional que se desea proteger. En todo caso, ninguna restricción puede ser establecida de modo tal que, en los hechos, haga imposible el ejercicio del derecho limitado, lo que implica respetar su *contenido esencial*.
19. Las restricciones a la libertad de expresión no pueden hacerse efectivas con anterioridad a la difusión de la idea o información que se quiere dar a conocer, sino que se concretan en la modalidad de responsabilidades posteriores. Corresponde primero ver o escuchar aquello que quiere expresarse y luego se evalúa si lo expresado ha transgredido algún límite previsto legalmente. El fundamento de esta prohibición se encuentra en la necesidad de evitar que una autoridad o funcionario tome una decisión

sobre las ideas o informaciones que deben circular en una sociedad, sobre la base de su criterio personal o del gobierno de turno.

20. La prohibición de la censura previa se encuentra prevista en las normas internacionales de derechos humanos, como el artículo 13º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en diversos textos constitucionales. La Constitución peruana de 1993 también contempla esta garantía. Sin embargo, los excesos de los medios de comunicación en materia de libertad de expresión ha dado lugar a que, a nivel teórico, se plantee la posibilidad de habilitar una censura previa judicial. A nuestra consideración, los fundamentos de la prohibición de la censura deben ser aplicados en todo ámbito y no ser entendida únicamente como una prohibición a las autoridades de tipo administrativo, situación particularmente importante en realidades como las de nuestros países, en donde diversos casos de censura previa han sido originados por decisiones judiciales que, aparentemente fundadas en la razón y el Derecho, tenían por objetivo impedir la circulación de ideas e informaciones sobre asuntos de interés público.
21. Los límites a la libertad de expresión pueden ser analizados a partir de la norma que los establece (análisis abstracto) o a partir de su aplicación en una situación particular (análisis concreto). El análisis en abstracto se puede realizar a propósito de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la norma legal que establece una restricción a la libertad de expresión, o como paso previo para resolver un caso concreto en donde la norma ha sido aplicada (evaluación sobre la posibilidad de aplicar el control difuso de constitucionalidad de las normas). Por su parte, el análisis en concreto implica que si un juez considera que el límite es compatible con la Constitución, puede también evaluar si su aplicación en una situación determinada resulta razonable y proporcional.
22. Dado que todo límite a la libertad de expresión implica que hay otro derecho o bien constitucionalmente protegido que requiere ser garantizado, se suele emplear la expresión “conflicto entre derechos” para hacer referencia a esta situación. Para la resolución de estos conflictos, a nivel del derecho comparado se han desarrollado diversos métodos, siendo el más empleado el denominado *test de proporcionalidad o ponderación*. Sin embargo, existe una teoría que niega que pueda existir un conflicto entre derechos fundamentales, conocida como *teoría no conflictivista o armonizadora*, y que considera más apropiado hablar de *conflictos de pretensiones*, que se resolverían a través del denominado método de la delimitación constitucional del contenido de los derechos, para lo cual se debe acudir a diferentes criterios, encontrándose dentro de ellos la ponderación, que adquiere en esta teoría una perspectiva diferente aunque no muy clara.

IV. FUENTES PARA EL ANÁLISIS DE LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

23. Para el análisis de los límites a la libertad de expresión se necesita acudir a un grupo determinado de fuentes. En primer lugar se encuentra la Constitución, siendo de especial importancia observar lo dispuesto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En tanto ambas fuentes precisan aspectos de índole general relacionados con las restricciones a la difusión de ideas e informaciones, corresponde a la ley determinar el alcance preciso de tales límites y a la jurisprudencia evaluar la correcta aplicación de los mismos, así como su conformidad con las normas constitucionales y el derecho internacional.
24. Las normas constitucionales se circunscriben por lo general a reconocer el derecho fundamental a la libertad de expresión, estableciendo algunas garantías mínimas –como la prohibición de censura-, pero sin precisar mayores detalles relacionados con los límites a su ejercicio, materia que debe ser desarrollada a través de la práctica constitucional, lo que obliga al operador jurídico –en particular al legislador y los tribunales- a realizar una labor hermenéutica de especial importancia respecto a las restricciones que puedan establecerse a la libre difusión de ideas e informaciones.
25. En el derecho comparado, las normas constitucionales sobre límites a la libertad de expresión no son uniformes. Así por ejemplo, en Estados Unidos de América y Colombia sus respectivas constituciones casi no regulan mayores aspectos, siendo la jurisprudencia constitucional de ambos países la responsable de precisar los lineamientos sobre esta materia. Mientras tanto, en países como Alemania y España, sus respectivos textos constitucionales hacen referencia a objetivos legítimos que pueden servir de fundamento para limitar la difusión de ideas e informaciones, a la vez que establecen una obligación al legislador de respetar el contenido esencial de este derecho al dictar normas que restrinjan su ejercicio. De otro lado, en ninguno de los textos constitucionales antes mencionados se establece de modo expreso algún límite concreto al ejercicio de la libertad de expresión, sea en cuanto al contenido de lo que se desea difundir (restricción sobre el contenido) o en cuanto a la forma de transmitir ideas o informaciones (restricción neutra).
26. En el Perú, la libertad de expresión ha tenido un reconocimiento constante en todos los textos constitucionales, tanto del siglo XIX como del siglo XX.
27. Las constituciones del siglo XIX otorgaron reconocimiento y protección a la denominada libertad de imprenta y contemplaron un conjunto de garantías a su favor, como la prohibición de censura previa y la responsabilidad posterior por su ejercicio. Asimismo, establecieron algunas razones que justificaban la aplicación de estas responsabilidades, como la protección de los derechos de los demás, el orden público y la moral. De otro lado, en el debate del siglo XIX sobre la libertad de imprenta estuvieron presentes los mismos argumentos que hoy en día se analizan cuando se aborda el tema de los alcances de la libertad de expresión y los abusos cometidos, siendo posible encontrar posiciones que se inclinaban por la absoluta libertad en su

ejercicio, así como tendencias que manifestaban su enorme temor ante este derecho.

28. Los dos primeros textos constitucionales del siglo XX continuaron reconociendo la libertad de imprenta, aunque en la práctica no tuvieron vigencia efectiva, salvo por períodos muy específicos en el caso de la Constitución de 1933, que además será la última Constitución en emplear la expresión *libertad de imprenta*.
29. La Constitución de 1979 dio lugar a un cambio importante en el desarrollo de las Constituciones del Perú, ampliamente influenciada por las modernas tendencias del derecho comparado y el nuevo escenario del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, los derechos en ella reconocidos tuvieron un mejor tratamiento en comparación con Constituciones anteriores, lo que se vio reflejado en la forma de reconocer la libertad de expresión como derecho fundamental en el artículo 2º inciso 4º. La Constitución de 1993, resultado del golpe de Estado del 5 de abril de 1993, reiteró en gran parte lo dispuesto en la Constitución de 1979 sobre la libertad de expresión.
30. El derecho internacional de los derechos humanos constituye una fuente particularmente importante para el estudio de los límites a la libertad de expresión, por cuanto los alcances de este derecho y las restricciones a su ejercicio se encuentran desarrollados, tanto en instrumentos declarativos como convencionales, así como en importantes decisiones (recomendaciones o sentencias) de órganos internacionales.
31. En el ordenamiento jurídico peruano, la importancia del derecho internacional de los derechos humanos para el estudio de este tema queda de manifiesto en el artículo 55º de la Constitución de 1993, que reconoce que los tratados ratificados por el Estado peruano y en vigor forman parte del derecho interno. Pero más importante resulta la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que obliga a interpretar los derechos fundamentales en ella reconocidos, de conformidad con las normas internacionales y la jurisprudencia internacional, esto último por mandato del Tribunal Constitucional y el Código Procesal Constitucional. La importancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos radica en los criterios que ha establecido para el análisis de los límites a la libertad de expresión y el razonamiento empleado para la resolución de este tipo de controversias.
32. Las normas internacionales abordan el tema de las restricciones a los derechos fundamentales a través de disposiciones generales (aplicables a todos los derechos) o disposiciones específicas (sobre un derecho en particular). En algunos casos estas normas sólo señalan que tales límites no pueden ser ilegales ni arbitrarios, mientras que en otros se precisan cuáles son los motivos u objetivos legítimos que pueden sustentar la restricción de un derecho determinado. Dado que el objetivo de las normas

internacionales es garantizar los derechos humanos, en ellas no suele establecerse alguna limitación concreta a algún derecho, sino más bien se precisan los requisitos que las restricciones que se impongan deben cumplir para que sean compatibles con los estándares internacionales.

33. A diferencia del texto constitucional peruano de 1993, la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuenta con normas generales sobre límites o restricciones a los derechos que reconoce (artículos 29º y 32 inciso 2º). Aparte de estas disposiciones de alcance general, la Convención también cuenta con normas específicas sobre los límites a la libertad de expresión. En este sentido, el artículo 13º inciso 2º de la Convención precisa los objetivos que justifican establecer una restricción a este derecho: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Asimismo, en el inciso 5º de este artículo es posible contemplar límites concretos respecto al contenido de determinadas expresiones, en tanto se prohíbe la “propaganda a favor de la guerra”, la “apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitaciones a la violencia” o “cualquier otra acción similar contra cualquier persona o grupo de personas”.
34. La relación de objetivos legítimos previstos en la Convención Americana que justifican limitar la libertad de expresión es considerada como una lista cerrada, por lo que no cabe fundamentar una restricción a su ejercicio en otros objetivos que no sean los mencionados expresamente en este tratado. Cualquier restricción que no se base en alguno de estos objetivos resulta incompatible con el ejercicio de este derecho.
35. A pesar de sus casi treinta años de funcionamiento, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión es escasa. En materia de límites o restricciones a la libertad de expresión, su jurisprudencia se reduce a cuatro fallos: Herrera Ulloa (2004), Ricardo Canese (2004), Palamara Iribarne (2005) y Kimel (2008). Estos casos giraron básicamente respecto a sanciones penales impuestas por la difusión de determinada información que se consideraba lesiva del derecho al honor. De modo particular, la controversia en el caso Kimel giró en torno a la difusión de una opinión.
36. Al resolver estos casos, la Corte Interamericana ha precisado la importancia de ponderar el ejercicio de la libertad de expresión con aquellos derechos con los cuales puede entrar en conflicto, siendo necesario tomar en consideración las características de la información o idea que se difunde, así como las cualidades de las personas sobre las que se emite una información o juicio de valor. En la mayoría de casos, las personas que acudieron en sus respectivos países a la vía penal para la protección de su derecho al honor eran personajes públicos, cuya labor estaba relacionada con las funciones estatales, por lo que las sanciones penales impuestas por el ejercicio de la libertad de expresión resultaban manifiestamente

arbitrarias. Por esta razón, las controversias resueltas por la Corte no se encuentran en los supuestos de casos difíciles. Por el contrario, del contenido de sus fallos parece advertirse que la resolución de los mismos ofrecía poco margen de dificultad para su análisis.

37. En términos generales, los criterios de necesidad y proporcionalidad son los más empleados por la Corte Interamericana para resolver los casos sobre libertad de expresión. En este sentido, ha evaluado si las sanciones penales restrictivas de la libertad individual eran necesarias para proteger el derecho al honor, cuando la información difundida estaba relacionada con un personaje público. Pero es importante señalar que los conceptos que emplea la Corte no son objeto de una definición clara y precisa, originando en varias ocasiones una confusión entre lo que significa uno u otro criterio.
38. Si bien los casos resueltos por la Corte Interamericana ofrecen una respuesta manifiestamente favorable a la libertad de expresión, de ello no puede deducirse que todos los futuros casos vayan a seguir la misma dirección. Tampoco cabe afirmar que la Corte tenga una posición absoluta a favor de la difusión de ideas o información, pues aún faltan pronunciamientos sobre temas particularmente delicados, como el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad.
39. Los casos que la Corte Interamericana ha analizado reflejan una parte de los principales problemas relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión en nuestros países, en donde los funcionarios públicos acuden a la vía penal para impedir la circulación de información u opiniones desfavorables sobre su gestión, muchas veces ligadas con actos de corrupción. Desde esta perspectiva, debe resaltarse que la Corte haya abordado temas como la aplicación de sanciones penales por el delito de desacato y por el delito de difamación respecto a personajes públicos. En ambos casos, ha esbozado algunos lineamientos jurisprudenciales interesantes, pero que todavía deben ser objeto de un mayor desarrollo.
40. Dado que los textos constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos se centran principalmente en señalar los objetivos legítimos que permiten justificar una restricción a la difusión de ideas e información, son las leyes las fuentes donde se establecerán las conductas relativas a la libertad de expresión que no pueden llevarse a cabo y que, en caso de incumplimiento, originan responsabilidades posteriores. Estas normas pueden limitar la expresión de un determinado discurso (restricción sobre el contenido) o establecer límites en cuanto a la forma de expresar el discurso (restricciones neutras).
41. En el ordenamiento jurídico peruano es posible encontrar diversas normas que establecen límites a la libertad de expresión, previstas en diferentes cuerpos normativos. Así por ejemplo, en el Código Penal es posible encontrar veintiún (21) normas que establecen restricciones a la libertad de expresión, siendo diversos los derechos y bienes constitucionalmente

protegidos que justifican este tipo de medidas. En la mayoría de casos, la restricción se relaciona con la prohibición de difundir determinada idea o información, mientras que en otros se prohíben determinadas conductas que transmiten un mensaje. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sólo el tipo penal de apología del terrorismo ha sido objeto de un análisis, como consecuencia de una demanda de inconstitucionalidad presentada en su contra.

42. En la legislación procesal penal también encontramos una norma limitativa de la libertad de expresión, cual es el artículo 73º del Código de Procedimientos Penales, que establece que una determinada etapa del proceso penal –la instrucción- tiene carácter reservado, a partir de lo cual se ha admitido que las autoridades jurisdiccionales pueden establecer medidas limitativas respecto a la difusión de información sobre su desarrollo. De otro lado, el libro del Código Civil correspondiente a los *Derechos de la Persona* contiene tres disposiciones que se relacionan con la libertad de expresión, en tanto condicionan la difusión de información vinculada con la intimidad, la imagen, la voz y las comunicaciones privadas, al consentimiento que para tal efecto ofrezcan los titulares de estos derechos o sus familiares. Si la información es difundida sin haber obtenido ese consentimiento, se originan responsabilidades posteriores por el ejercicio de la libertad de expresión.
43. Otras restricciones a la libertad de expresión pueden encontrarse en la *Ley Orgánica de Elecciones* (Ley N° 26859), referidas a la forma o el momento para emitir un determinado discurso, en este caso relacionado con la propaganda política. En ningún supuesto se establecen restricciones sobre el contenido del mensaje político que se quiere transmitir. De otro lado, la *Ley de Radio y Televisión* (Ley N° 28278), se pronuncia de forma expresa sobre la pornografía. En este sentido, el artículo 43º establece que los servicios de radiodifusión no pueden difundir programas con contenido pornográfico. Se trata de una limitación no relacionada con el contenido del discurso sino con el medio a través del cual no se encuentra permitida su difusión.
44. Existen algunas normas en el ordenamiento jurídico peruano que establecen límites específicos a la libertad de expresión de determinadas autoridades o funcionarios. Así por ejemplo, de conformidad con el artículo 184º inciso 6º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces y vocales de este órgano del Estado se encuentran obligados a no emitir públicamente ninguna información relacionada con los procesos sobre los cuales han asumido competencia. De otra parte, el Decreto Legislativo 276, que regula el régimen laboral de algunos trabajadores de la administración pública, establece en el artículo 23º inciso d) que los servidores públicos se encuentran prohibidos de emitir opinión a través de los medios de comunicación social sobre asuntos del Estado, salvo autorización expresa de la autoridad competente.

45. La jurisprudencia como fuente para el estudio de los límites legales a la libertad de expresión tiene un papel especialmente importante. En un primer escenario, los jueces son responsables de evaluar la compatibilidad entre los límites establecidos legalmente y la Constitución. Si no se cumplen los requisitos formales y sustantivos que debe observar todo límite a un derecho fundamental, la norma respectiva deberá ser expulsada del ordenamiento jurídico o inaplicada por los jueces al caso concreto, según corresponda. En un segundo escenario, si la norma que establece un límite a la libertad de expresión es considerada compatible con la Constitución, es competencia de los órganos jurisdiccionales evaluar si ha sido correctamente aplicada en un caso concreto, respetándose los principios de razonabilidad y proporcionalidad. De no ser así, tendrá que concluirse que ha habido una incorrecta aplicación de la norma restrictiva del derecho fundamental. De ambas formas se construye la jurisprudencia en materia de límites a la libertad de expresión, labor que ha estado a cargo en el derecho comparado de los tribunales supremos o constitucionales.
46. La defensa de los tribunales constitucionales de la libertad de expresión frente a las normas u otro tipo de medidas que pretendan limitar arbitrariamente su ejercicio ha contribuido a reforzar la importancia de este derecho para el fortalecimiento de las instituciones democráticas. Desde esta perspectiva, la justicia constitucional cumple un papel especial para el afianzamiento de un sistema político basado en la pluralidad de ideas y la activa participación ciudadana en los asuntos públicos.
47. Como consecuencia de los diversos casos sometidos a su conocimiento, estos tribunales han establecido importantes lineamientos sobre las restricciones a la libertad de expresión, que han variado conforme se han presentado nuevos casos de particular interés, lo que demuestra que sólo es posible identificar tendencias jurisprudenciales si se cuenta con un importante conjunto de controversias sobre un derecho fundamental.
48. El tratamiento de la libertad de expresión y de los mecanismos para la resolución de casos relacionados con los límites a su ejercicio, no es uniforme en los países que hemos analizado en esta investigación. Pueden existir tendencias afines en algunos temas, pero también importantes diferencias. Esto último obedece a que las razones empleadas para limitar un derecho fundamental pueden ser razonables en un país, mientras que en otros no, por motivos de índole cultural, social, histórica, etc. Sin embargo, en todos los casos existe un aspecto en común, cual es la aplicación de determinados criterios o métodos de interpretación para resolver los problemas relacionados con la difusión de ideas e informaciones.
49. En este sentido, la resolución de los conflictos en materia de libertad de expresión no se circunscribe a establecer una preferencia automática de este derecho respecto a otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, sino que implica la evaluación de cada caso concreto, así como el desarrollo y aplicación por parte de los tribunales de determinados

criterios de interpretación. Entre estos puede mencionarse la necesidad de establecer una diferencia entre personajes públicos y los que no lo son, la necesidad de distinguir entre la difusión de opiniones y la difusión de hechos noticiosos, los diferentes niveles de protección de derechos como la intimidad, el grado de interés general por conocer determinadas ideas o informaciones, el espacio o foro en el que se ejerce este derecho, entre otros factores.

V. PASOS PARA EL ANÁLISIS DE LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

50. El análisis de cualquier límite a un derecho fundamental se inicia con la delimitación del contenido del derecho que va a ser objeto de restricción, lo que tiene importantes consecuencias, por cuanto sólo las conductas amparadas por el derecho fundamental reciben todas las garantías que se derivan de la Constitución y los tratados. Si la conducta que se prohíbe no forma parte de su contenido, no estaremos frente a un problema sobre restricciones a un derecho fundamental, por lo que continuar con el análisis de los siguientes pasos carece de relevancia constitucional.
51. A nivel de la doctrina se distingue entre las teorías *monista* y *dualista* en materia de libertad de expresión. La primera incluye dentro de este derecho la difusión de ideas e informaciones, mientras que la segunda identifica un derecho en particular respecto a cada acción, según se trate de la difusión de ideas (a la que identifican como *libertad de expresión*) o la difusión de información (a la que identifican como *libertad de información*). La idea central detrás de la teoría dualista es remarcar que existen diferencias importantes entre la difusión de ideas y la difusión de información. Sin embargo, tales precisiones pueden hacerse al margen de plantear la existencia de una opción monista o dualista.
52. Luego de haber delimitado el contenido del derecho, corresponde determinar los alcances de la restricción que legalmente se establezca a su ejercicio, es decir, se debe precisar en qué consiste la prohibición o intervención prevista por el legislador respecto a la difusión de ideas e informaciones. Esta precisión tiene especial importancia para determinar la intensidad del análisis que debe ser llevado a cabo por los jueces. El escrutinio para evaluar la constitucionalidad de un límite será mayor cuando se tenga que interpretar una norma que prohíbe un determinado discurso (restricción sobre el contenido), a diferencia de los supuestos en los que sólo se evalúa un límite relacionado con el momento o lugar en el que se restringe la emisión de una idea o información (restricción neutra).
53. Después de identificar el contenido del derecho que va ser objeto de una restricción legal y delimitar los alcances específicos de la limitación, corresponde empezar a aplicar el denominado *test de proporcionalidad*, el cual se encuentra conformado por una serie de pasos orientados a evaluar si la restricción establecida a un derecho fundamental es proporcional al

objetivo que se desea alcanzar. El primer paso del *test de proporcionalidad* consiste en identificar cuál es el objetivo legítimo que puede ser invocado para limitar la libertad de expresión. Sin embargo, no cualquier razón puede ser invocada, pues debe estar relacionada con la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos. Por lo tanto, corresponde al intérprete de la Constitución identificar si existe una justificación de alcance constitucional o prevista en el derecho internacional que pueda sustentar la restricción.

54. A efectos de establecer un límite a la libertad de expresión, también se requiere acreditar que existe una relación entre éste y el objetivo que se desea alcanzar, lo que implica evaluar si como consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión puede verse afectado otro derecho fundamental, el orden público, la seguridad nacional, etc.; por lo que, para evitar un daño al derecho o bien constitucionalmente protegido, se debe proceder a restringir la difusión de determinada idea o información.
55. El siguiente paso para el análisis de los límites a la libertad de expresión consiste en evaluar si el objetivo que se desea alcanzar mediante la restricción a su ejercicio, puede lograrse por vías distintas o alternativas. Si al mismo objetivo se puede llegar de otra manera, la restricción a la difusión de ideas e informaciones no debe ser calificada, en consecuencia, como necesaria. A diferencia de los anteriores criterios, en donde se analiza el contenido de la restricción a la libertad de expresión y su relación con el objetivo que se desea alcanzar, aquí el análisis se produce al margen del contenido de la ley que establece la restricción, pues se evalúan las otras opciones que pudiesen existir respecto al objetivo que le sirve de sustento.
56. Luego de delimitar el contenido de la libertad de expresión como derecho fundamental, identificar los alcances de la restricción a su ejercicio, determinar el objetivo legítimo que la sustenta, precisar la relación entre la restricción y el objetivo a alcanzar, a la vez de verificar la necesidad de la medida, corresponde evaluar si la restricción es *proporcional* al objetivo que se desea alcanzar, lo que implica realizar una ponderación entre la medida restrictiva adoptada y el resultado que busca obtener. Aplicado al caso de los límites a la libertad de expresión, implica analizar la proporción entre la limitación de un derecho fundamental (medio) y la protección de un objetivo legítimo (fin), es decir, entre las medidas limitativas de la libertad de expresión y la protección que se desea alcanzar de un derecho o bien constitucionalmente protegido. Para tal efecto se deben seguir una serie de pasos, en los que la posición subjetiva del intérprete influye de forma decisiva para determinar si existe proporcionalidad, pues deberá asignar pesos específicos a cada uno de los elementos que deben ser ponderados. En este sentido, deberá darle un peso a la restricción impuesta al ejercicio del derecho así como al objetivo que se desea alcanzar.
57. El concepto *contenido esencial* de los derechos fundamentales ha originado diferentes debates en el derecho comparado y en nuestro medio ha sido

analizado con poca profundidad, principalmente porque la Constitución no se refiere a él, aunque el Tribunal Constitucional lo ha empleado de modo frecuente, en una forma un tanto confusa. En términos generales, el *contenido esencial* es un criterio a tomar en cuenta cuando se aborda el tema de los límites a los derechos fundamentales, a efectos de señalar que la potestad del legislador para restringir estos derechos también se encuentra sujeta a límites. Actualmente se discute a nivel de la doctrina si resulta útil seguir empleando este concepto. En este sentido, los criterios mencionados para evaluar los límites a los derechos fundamentales aparecen como más objetivos y útiles, siendo el respeto al contenido esencial de los mismos uno complementario, que esencialmente nos recuerda que nunca un límite a estos derechos puede ser establecido de forma tal que impida en la práctica su ejercicio, incluso si existiese alguna justificación que tuviese un peso de particular importancia en el proceso de ponderación.

VI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

58. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre límites a la libertad de expresión no es muy extensa. A efectos del presente trabajo se han analizado nueve sentencias relacionadas con el tema central de la investigación: dos (2) emitidas en procesos de inconstitucionalidad, cinco (5) en procesos de amparo y dos (2) en procesos de hábeas corpus. Este reducido número de casos no es proporcional al número de situaciones y problemas referidos a los límites a la libertad de expresión que se presentan en el país.
59. Dado que los casos resueltos por el Tribunal Constitucional han sido sobre temas diversos, no existen dos sentencias o más referidas a un mismo problema. En este sentido, no cabe afirmar que exista en el Perú una tendencia jurisprudencial sobre alguna controversia específica referida a los límites a la libertad de expresión.
60. La controversia más importante que llegó a conocimiento del Tribunal para su análisis fue la demanda de inconstitucionalidad contra las normas que regulaban el delito de apología del terrorismo. Sin embargo, el análisis del caso no fue proporcional a su relevancia, lo que obedeció principalmente a las numerosas y variadas materias sobre las que tuvo que pronunciarse en la sentencia respectiva.
61. Sólo uno de los casos analizados estuvo centrado en el requisito formal de la libertad de expresión, es decir, en la evaluación de la norma a través de la cual se puede establecer una restricción al ejercicio de este derecho. Nos referimos a la demanda de amparo presentada contra una ordenanza emitida por la Municipalidad Distrital de Pueblo Libre (caso Editora Sport), aunque en el fondo se trató de una norma que, antes que limitar la libertad de expresión, regulaba la forma de exhibir determinadas publicaciones. El

resto de controversias estuvo relacionado con el análisis de límites al contenido del discurso, realizado a propósito de una evaluación en abstracto de la norma que lo establecía o en razón de su aplicación en un caso concreto.

62. El caso mencionado anteriormente (Editora Sport), fue asimismo el único en que el Tribunal verificó si la norma que establecía un límite a la libertad de expresión era la que correspondía emplear para tal efecto. No puede afirmarse, en consecuencia, que se haya establecido como línea jurisprudencial que en el Perú sólo la ley, entendida en su sentido formal, pueda limitar la libertad de expresión.
63. Como regla general, la referencia a los fundamentos de la libertad de expresión tiene poca relevancia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre las restricciones al ejercicio de este derecho fundamental, siendo mencionados principalmente para reforzar el análisis de alguno de los pasos a seguir para analizar la proporcionalidad de la restricción establecida a nivel normativo. En atención a esta constatación, se puede afirmar que el Tribunal no se orienta por acoger alguna de las teorías sobre los fundamentos de la libertad de expresión, que le sirva de premisa para la resolución de las controversias relacionadas con los límites a su ejercicio; es decir, no ha optado por la teoría libertaria de la libertad de expresión ni por la teoría democrática, por citar sólo algunas, y mucho menos ha asumido una posición integradora.
64. El Tribunal Constitucional no aplica el derecho internacional de los derechos humanos al momento de analizar las controversias relacionadas con las restricciones a la libertad de expresión, con lo cual se desconoce e incumple lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. Las pocas referencias que en algunas sentencias se hace respecto a normas o decisiones internacionales, no tienen una importancia sustantiva para el análisis y resolución del caso planteado.
65. El Tribunal Constitucional no analiza las controversias referidas a los límites a la libertad de expresión de conformidad con alguna técnica o método específico; es decir, no cuenta con lineamientos claros y uniformes sobre la forma de resolver un caso relacionado con los límites a la difusión de ideas e informaciones.
66. Sólo en tres de las nueve sentencias revisadas se puede apreciar la aplicación del *test de proporcionalidad* (caso proyecciones electorales, caso Magaly Medina y caso Carlos Laureano). Sin embargo, el Tribunal no ha aplicado este test de manera adecuada, pues no se aprecia un orden en el razonamiento, que se inicie con la determinación del contenido del derecho restringido y de la conducta no permitida, seguida de la identificación de una razón válida u objetivo legítimo que sustente una norma limitativa de la libertad de expresión y la evaluación sobre una relación entre la medida adoptada y el objetivo a alcanzar, para finalmente analizar si la medida era

proporcional a dicho objetivo, si respetaba el contenido esencial de los derechos regulados o si era necesaria.

67. El Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que del artículo 2º inciso 4º de la Constitución se derivan dos derechos fundamentales: la libertad de expresión y la libertad de información. Sobre sus alcances ha señalado de forma bastante general que existe un derecho a la difusión de opiniones o ideas (libertad de expresión) y otro referido a la difusión de hechos noticiosos (libertad de información). Sin embargo, esta distinción no ha tenido utilidad alguna al momento de analizar y resolver los casos relacionados con restricciones a ambos derechos. En los fallos analizados, el Tribunal no ha llegado a precisar si la restricción establecida legalmente implicaba una prohibición para difundir ideas u opiniones o si limitaba la difusión de hechos noticiosos.
68. Esta precisión del Tribunal sobre el contenido de ambos derechos no va a estar presente en todas sus decisiones. Se trata de una omisión grave, por cuanto el análisis de toda restricción de un derecho fundamental implica que de forma previa se determinen sus alcances, a fin de identificar si la conducta prohibida por una norma forma parte de ese contenido, pues en caso contrario, se estaría ante una controversia carente de relevancia constitucional.
69. El Tribunal Constitucional no precisa en cada caso concreto si la restricción a la libertad de expresión se relaciona con el contenido del discurso a emitir o con la vía o medio a través del cual busca ser transmitido, distinción que resulta importante al momento de evaluar el grado o intensidad de la restricción y, por lo tanto, el grado o intensidad del escrutinio a realizar para la resolución del caso.
70. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la necesidad de que las normas que establezcan límites a la libertad de expresión sean lo más precisas posibles en cuanto a la conducta que puede dar lugar a una responsabilidad posterior. Sólo en dos casos el Tribunal precisó los alcances de la restricción que legalmente se establecía a este derecho antes de proceder a pronunciarse sobre el fondo de la controversia (caso proyecciones electorales y caso sobre el delito de apología del terrorismo).
71. Sólo en cinco de los ocho casos en que hubo un pronunciamiento sobre los requisitos sustantivos para limitar la libertad de expresión, se identificó cuál era el objetivo legítimo que sustentaba la norma restrictiva de derechos. Sin embargo, el Tribunal no argumentó si tales objetivos legítimos tenían algún sustento en la Constitución o el derecho internacional de los derechos humanos. Por lo tanto, no fue posible advertir si existía alguna incompatibilidad entre la justificación establecida a nivel nacional para establecer un límite a la libertad de expresión, y lo dispuesto sobre esta materia en las normas internacionales.

72. Sobre la relación entre el objetivo legítimo y la medida que se desea adoptar, este paso del test de proporcionalidad sólo aparece en dos sentencias. En el caso sobre las proyecciones electorales, el Tribunal evaluó si existía una relación directa entre la medida limitativa de la libertad de expresión y la protección del orden público, para lo cual tomó en consideración –en un proceso abstracto de normas como lo es el proceso de inconstitucionalidad- varios datos de la realidad. En este sentido, advirtió que era relativa la gravedad e inminencia del peligro de desórdenes públicos como consecuencia de la difusión de información. El otro caso fue Mario Mechaca, en el cual el Tribunal identificó el objetivo legítimo que se deseaba alcanzar con la restricción impuesta y analizó si en el caso concreto el contenido de las declaraciones emitidas estaban relacionadas con ese objetivo. Finalmente, determinó que las declaraciones emitidas por el demandante no ponían en peligro los bienes jurídicos que buscaban ser protegidos por las restricciones a la libertad de expresión de los funcionarios públicos establecidas en el Decreto Legislativo 276.
73. La evaluación sobre la *necesidad* de la restricción sólo aparece en dos de las sentencias analizadas. En el caso sobre las proyecciones electorales, el Tribunal señaló que si el objetivo de la restricción era evitar la alteración del orden público que se iba a producir con su difusión, en lugar de prohibir esta conducta era más conveniente advertir a los receptores sobre las particulares características de este tipo de información. En el caso Magaly Medina este paso fue aplicado de una manera singular, pues el Tribunal concluyó que para difundir información sobre la prostitución clandestina no es necesario transmitir determinadas imágenes relacionadas con la intimidad de las personas.
74. En cuanto a la *ponderación* de los derechos o bienes jurídicos constitucionales que pudiesen estar en conflicto como consecuencia de una restricción a la libertad de expresión, esta etapa del test de proporcionalidad no aparece en ninguno de los casos analizados. En este sentido, el Tribunal no asignó un peso específico a cada uno de los derechos o bienes constitucionales en disputa, ni realizó una ponderación entre ellos.
75. El *contenido esencial* de los derechos fundamentales no es un concepto empleado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia sobre límites a la libertad de expresión. De los casos revisados, sólo empleó este concepto en una ocasión, pero de forma errada, pues lo utilizó para precisar el contenido del derecho a la difusión de información y no respecto a las restricciones a su ejercicio (caso Magaly Medina).

VII. VERIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS

76. Por lo expuesto, consideramos que ha quedado verificada nuestra hipótesis: El análisis por parte del Tribunal Constitucional peruano de los límites a la libertad de expresión presenta deficiencias sustantivas, por lo que este derecho fundamental carece en el ordenamiento jurídico nacional de una

protección adecuada a nivel jurisdiccional ante normas que restrinjan de forma ilegal o arbitraria su ejercicio, o respecto a situaciones en donde tales restricciones sean aplicadas en forma desproporcionada. En otras palabras, no se ha llegado todavía a construir en el Perú una línea jurisprudencial sobre la libertad de expresión, que contribuya a fortalecer su ejercicio en nuestra aún frágil democracia y fomentar la libre circulación de ideas u opiniones.