

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO



90
AÑOS

PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

CUADERNO DE TRABAJO N° 2

DERECHO A LA INTIMIDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL

**El refuerzo de los derechos fundamentales
a través de los remedios civilísticos**

Leysser L. León
Doctor en Derecho
Profesor Ordinario de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

Diciembre, 2006

Segundo Cuaderno de Trabajo del
Departamento Académico de Derecho de la PUCP

Derecho a la Intimidad y Responsabilidad Civil
El refuerzo de los derechos fundamentales
a través de los remedios civilísticos

© Leysser L. León

© Departamento Académico de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria cdra 18 s/n, San Miguel
Lima 32, Perú

Prohibida la reproducción de esta obra por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2007-00955

Impreso en Perú
Enero, 2007

CONTENIDO: § 1. Introducción.- § 2. Actividad periodística y lesión del derecho a la intimidad: un repertorio de problemas locales.- § 3. El caso “Magaly Medina”: una visión civilística: 3.1. De los “derechos de la personalidad” a los “derechos fundamentales”. 3.2. Un reconocimiento esperado en el “derecho viviente”. 3.3. ¿Son los remedios del derecho civil idóneos para la tutela de la vida privada? 3.4. El conflicto entre la libertad de información y el derecho a ser dejado en paz en sus aspectos históricos y teóricos. La intimidad como derecho de la personalidad o como aspecto del derecho general de la personalidad.- § 4. El papel de la responsabilidad civil en la protección del derecho a la intimidad: 4.1. Premisa sobre el análisis funcional en el derecho civil. 4.2. Las funciones de la responsabilidad civil: reparación, prevención, sanción y distribución. 4.3. Actividad periodística y responsabilidad civil. 4.4. Funcionalismo iuseconómico y responsabilidad civil. Aproximación a los *punitive damages* desde el derecho civil.- § 5. La atenuación del daño moral: entre la función aflictivo-consolatoria y la pura función punitiva de la responsabilidad civil.- § 6. La atenuación del daño moral consistente en la agresión del derecho a la intimidad. Hacia una visión sancionatoria y reforzadora de los derechos de la personalidad.- § 7. Reglas de responsabilidad civil, tutela inhibitoria y otras formas de protección civilística de los derechos de la personalidad: necesidad de una interacción entre las tutelas.- § 8. Consideraciones conclusivas.-

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL: Caso “Magaly Medina”. I. Corte Suprema de la República. II. Tribunal Constitucional.

§ 1. INTRODUCCIÓN.

En un ordenamiento donde la protección jurídica de la intimidad, si no es que la de los derechos de la personalidad o de los derechos fundamentales en general, es de ordinario posterior a la consumación de su vulneración, resulta indiscutible la necesidad de evaluar críticamente el sistema de tutelas o remedios a los cuales pueden recurrir los perjudicados.

Los supuestos de lesión de derechos de la personalidad hacen que se cobre conciencia, por otro lado, de que urge reafirmar la vigencia “sustancial”, antes que puramente “formal”, de las situaciones subjetivas agredidas.

Descuidaría sus tareas –enseña un agudo autor– aquel ordenamiento “que se limitara a reconocer la *titularidad abstracta de derechos* y/o que determinadas clases de derechos son merecedoras de protección, pero que no se preocupara por garantizar la tutela de tales derechos o la satisfacción de los intereses”¹. Ningún ordenamiento puede considerarse *efectivo* –prosigue– por la sola circunstancia de estar formalmente impuesto: para ello se requiere su reflejo “en la realidad económico-social, es decir, *en los hechos*, como se suele decir, en el sentido de que los comportamientos individuales y colectivos se adecuen a él *espontáneamente* (en lo general, por lo menos) o que se apliquen medidas de tipo coercitivo que realicen dicha adecuación o que procuren resultados «sustitutivos» de ésta”².

Llama la atención, en este último sentido, constatar que en aquellos países en los cuales se forjó el derecho a la intimidad o a la tutela de la vida privada –Alemania, Estados Unidos, Italia y Francia–, a pesar de la ausencia de un cuerpo normativo que pueda compararse con el peruano –que concede a tal derecho un triple reconocimiento jurídico: constitucional, civil y penal–, su vigencia “sustancial”, justamente, pueda considerarse mejor desarrollada.

El reciente y muy publicitado caso “Magaly Medina” ha permitido a nuestra comunidad jurídica comprobar, con entendible preocupación, que la protección de la esfera privada de los individuos en nuestro país sólo puede obtener buenos resultados a través de la vía penal, es decir, siguiendo un modelo aplicado en Alemania y otros países europeos hasta fines del siglo XIX, época en la que se gestan los primeros estudios privatísticos sobre el derecho general de la personalidad.

Ante un panorama semejante, al cual hay que añadir la insuficiencia de la tutela constitucional³, la responsabilidad civil no es, en modo alguno, una institución que pueda pasar desapercibida.

Al respecto, y en principio, no deberían mediar inconvenientes para deducir de una cláusula normativa general de responsabilidad aquiliana como la del artículo 1969 del Código Civil, que ofrece

1 Di MAJO, Adolfo, *La tutela civile dei diritti*, 4ª. ed., Giuffrè, Milán, 2003, pág. 1 (las cursivas son del autor).

Este razonamiento se inspira, nítidamente, en el llamado “principio de efectividad”, es decir, en la idea de que “la regla jurídica existe sólo en su efectiva operatividad de regla del cuerpo social: el derecho de una sociedad es aquel que una sociedad, concretamente, asume y observa como norma de conducta y de orden”: BIANCA, Cesare Massimo, “*Lo pseudo-riconoscimento dei figli adulterini*” (1967), ahora en *Id.*, *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, vol. I, t. I, Giuffrè, Milán, 2002, pág. 303. A este último autor se deben importantes estudios sobre el tema: “*Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*”, en *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobefías*, vol. II, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, págs. 61 y sgtes.; e *Id.*, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, 2ª. ed., Giuffrè, Milán, 2002, págs. 25 y sgtes., 79 y sgtes.

2 Di MAJO, *op. cit.*, págs. 1-2 (las cursivas son del autor).

3 Nuestra doctrina constitucional ha constatado, con certeza, que “la vulneración del derecho a la intimidad se produce automáticamente, con la sola injerencia externa o divulgación no autorizada de aspectos que pertenecen a este ámbito reservado, cuyo titular desea mantener fuera de conocimiento de los demás, 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”: EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y conflictos*, Palestra Editores, Lima, 2004, págs. 134-135. La misma observación puede efectuarse en relación con un tema muy actual, como la protección constitucional de la “libertad informática” o “derecho a la autodeterminación informativa”, que ha dado pie a que se ponga en cuestión la idoneidad de la acción de hábeas data en este ámbito: ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “*Algunas notas sobre la protección del derecho a la autodeterminación informativa en América Latina, con especial referencia a lo previsto en el caso peruano*”, en “Normas Legales”, t. 291, Trujillo, agosto de 2001, págs. A-121 y sgtes., especialmente, págs. A-136 y sgtes.; *Id.*, *Código procesal constitucional. Proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*, Palestra Editores, Lima, 2004, págs. 52 y sgtes. Para una perspectiva civilística de este último problema, vinculado con la tutela de los “nuevos” derechos de la personalidad incorporados a nuestro ordenamiento, permítaseme remitir a LEÓN, Leysser L., “*El papel de la responsabilidad civil en la planificación de un régimen de protección jurídica frente a la manipulación de datos personales*”, en “Advocatus”, nueva época, núm. 12, Lima, 2005, págs. 194 y sgtes.

la gran ventaja de no tipificar los intereses protegidos, un remedio de esta naturaleza, aplicable a las hipótesis de lesión de toda situación jurídica, incluida la agresión a los derechos de la personalidad.

Sólo que esta labor de interpretación, aparentemente sencilla, se ve entorpecida por una circunstancia: las violaciones de los derechos de la personalidad son las más de las veces daños “invisibles”, pues carecen de secuelas o consecuencias susceptibles de valorización económica directa. Por lo tanto, y sobre todo en un medio como el nuestro, donde los magistrados están habituados a apegarse a la letra de las normas, surgirán dificultades a la hora de formular el juicio de responsabilidad civil. Será conveniente dar al “daño moral”, entonces, un nuevo rostro, que lo muestre como un recurso hábil para el cumplimiento de la función punitiva que le toca cumplir a esta institución.

En efecto, a pesar de estar anclada, tradicionalmente, en la función “resarcitoria” o “compensatoria” de los daños –creencia atribuible al falaz principio de la “reparación integral”, que se somete a discusión en este trabajo⁴–, nadie puede poner en duda, actualmente, que la responsabilidad civil cumple, de igual manera, un importante papel en el plano de la “prevención” general e individual de las conductas dañosas y en el de la “sanción” a los dañadores.

En un medio, además, donde la “cultura” de los derechos de la personalidad no da muestras ciertas de haber cobrado arraigo –constatación que es comprensible, en atención a los “trasplantes jurídicos” que han determinado el paulatino arribo de estos derechos a nuestra experiencia, en ocasiones directamente y abruptamente a nuestra Constitución y jurisprudencia constitucional–, la función “sancionatoria” o “aflictiva” de la responsabilidad civil termina representando un aspecto a ser destacado e inculcado en todos los niveles, con miras a que se generen desincentivos atendibles para los potenciales dañadores –a los medios de comunicación, en las hipótesis de lesión de la intimidad– y, con ello, a la promoción y efectiva realización de estándares adecuados de tutela jurídica.

Del derecho estadounidense proviene, precisamente, la idea de sacar provecho de un aspecto del *law of torts* –el de los *punitive damages*– para el afianzamiento o refuerzo de las garantías constitucionales. Esta meta, como se procurará demostrar en las páginas que siguen, también es digna de ser promovida en países como el nuestro, donde es de suponer que las falencias en la protección jurídica de los derechos de la personalidad conducen, inexorablemente, a una inestabilidad del sistema democrático, uno de cuyos pilares está representado, ni más ni menos, por el reconocimiento de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Aquí no se pretende desconocer que la protección de la persona, como bien se ha escrito, “demanda al derecho, no solamente una función negativa de protección y de represión frente a los terceros, sino una intervención de promoción para ayudar al sujeto a obtener sus fines como ser humano, o sea, no en un sentido de respuesta genérica a todo requerimiento de apoyo, sino en el de favorecer los presupuestos de protección y desarrollo de la persona”⁵. Sucede, simplemente, que no es menos cierto que el algo desvencijado derecho de la responsabilidad civil representa, hoy por hoy, “una forma de concretización de los derechos de libertad constitucionalmente garantizados”⁶.

§. 2. Actividad periodística y lesión del derecho a la intimidad: un repertorio de problemas locales.

En los últimos años, la agresividad de los medios de comunicación frente al derecho a la intimidad o a la vida privada se ha hecho manifiesta de distintas formas entre nosotros. Los llamados personajes “públicos” o “notorios”, en particular, han visto sacrificada su esfera personal, una y otra vez, ante el asedio irrefrenable de flashes y de filmadoras. En el plano tecnológico, paralelamente, han aparecido nuevos instrumentos –incluso de consumo masivo, como los teléfonos celulares que

4 Véase *infra*, § 4.2.

5 TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di diritto civile*, 38ª. ed., Cedam, Padua, 1998, pág. 92.

6 VON BAR, Christian, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, vol. I, 1996, Rn. 554, citado por CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, trad. de Ingo Wolfgang Sarlet y Paulo Mota Pinto, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 21.

disponen de cámaras fotográficas, grabadoras de voz y de vídeo— que facilitan la demolición de los muros de los espacios reservados.

Este fenómeno no es nuevo y reviste carácter “global”.

A comienzos del decenio 1960-1970, para no retroceder exageradamente en el discurso⁷, un jurista alemán constataba los peligros de la técnica que había hecho posible las grabaciones, a escondidas, de conversaciones. “Es evidente —anotaba él— que en especial la grabación magnetofónica secreta crea inquietantes posibilidades de someter a una persona posteriormente a sus palabras dichas quizá en momentos de excitación, abandonándole a la despiadada crítica de los que las escuchan después y colocándole en situaciones o confusiones delicadas”⁸. Poco tiempo después, un estudioso italiano instaba también, en un verdadero testimonio de época, a no pasar por alto los “aspectos ligados con el perfeccionamiento de algunos peligrosos instrumentos que ya se comercializan, capaces de interceptar o grabar, incluso a distancia, imágenes y conversaciones”⁹. Quien tenga curiosidad, puede comprobar que en el mismo período, los trabajos dedicados a la protección jurídica de la intimidad comenzaban, casi todos, con apreciaciones de dicho tenor¹⁰.

En nuestra experiencia, tanto la prensa escrita cuanto la televisada han puesto en la mira de las tecnologías a su disposición, especialmente, a personajes del mundo del espectáculo y, no en pocas ocasiones, a deportistas. La incidencia ha sido menor en lo que concierne a la vida privada de los funcionarios públicos, a pesar de la muy reciente revelación de las paternidades extramatrimoniales del Presidente de la República, Alan García Pérez, y del presidente del Consejo de Ministros, Jorge del Castillo Gálvez.

Puede recordarse, por ejemplo, que en el transcurso de la fase eliminatoria para el torneo mundial de fútbol de Francia (1998), los jugadores Nolberto Solano y Andrés Mendoza fueron fotografiados en el interior de un inmueble mientras consumían licor. La fotografía fue publicada en un diario deportivo de circulación nacional, con un titular que portaba la acusación, no de “falta de profesionalismo deportivo”, como habría sido de esperar, sino de “borrachos” (*sic*), contra los futbolistas mencionados.

Si este caso se mantiene en la memoria colectiva, lo hace con un curioso efecto. Los periodistas y el público en general no olvidan (ni perdonan) la ausencia en aquellos personajes de algo que se acostumbra ver como un “compromiso” moral y profesional derivado de la circunstancia de vestir los colores de la casaquilla del Perú en partidos internacionales. Nada se dice, sin embargo, de la clara

7 La asociación de la lesión de la intimidad personal con la evolución de la tecnología, en efecto, podría hacer que el discurso se remonte hasta la invención de la fotografía y del cinematógrafo. En relación con el cine, por ejemplo, un egregio civilista verificaba “dolorosamente” (*sic*), más de medio siglo atrás, “cuán peligroso para los valores que atañen a la persona es el moderno instrumento cinematográfico de la representación de la persona misma [...]. Respecto de la intimidad personal, el perjuicio que ésta puede sufrir a través de la indiscreción cinematográfica es ciertamente más grave que el que puede sufrir con otras formas de indiscreción, como la literaria. La indiscreción literaria realizada por el escritor es menos perjudicial que la cinematográfica, sea por la ausencia del elemento visual y acústico, por el cual la representación cinematográfica actúa directamente sobre los sentidos de los espectadores, sea por la difusión, infinitamente menor, de la primera. En todos los países se leen muchos menos libros en comparación con las películas cinematográficas que se ven y escuchan”: DE CUPIS, Adriano, “*Ancora in tema di offesa morale per mezzo della divulgazione cinematografica*”, en “Il Foro italiano”, vol. LXXV, 1952, parte I, cols. 149, 152 (las cursivas son añadidas).

8 LARENZ, Karl, “*El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana*”, trad. de Jaime Santos Briz, en “Revista de derecho privado”, t. XLVII, 1963, pág. 640.

9 GIORGIANNI, Michele, “*La tutela della riservatezza*”, en “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, año XXIV, 1970, págs. 13-14.

10 De la doctrina italiana, por ejemplo, cito las expresiones de CATAUDELLA, Antonino, *La tutela civile della vita privata*, Giuffrè, Milán, 1972, págs. 1-2: “la disponibilidad de instrumentos cada vez más refinados, y de dimensiones cada vez más pequeñas, para la grabación de la voz y la fijación de la imagen, permite captar los aspectos más íntimos de la vida de la persona, y vuelve precaria la defensa interpuesta por las paredes domésticas, e inadecuadas las precauciones que normalmente se adoptan para garantizar lo reservado”; más recientemente: *Id.*, voz “*Riservatezza (diritto alla)*”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pág. 1. En el mismo sentido: AULETTA, Tommaso Amedeo, *Riservatezza e tutela dell'intimità*, Giuffrè, Milán, 1978, págs. 4-5.

Por aquella misma época, en Estados Unidos, un autor enumeraba las nuevas tecnologías de posguerra que habían afectado, el “privilegio individual” de la soledad: transmisores de radio, mecanismos para la toma de fotografías a través de superficies aparentemente opacas, circuitos cerrados de televisión, máquinas fotográficas y micrófonos en miniatura, etc.”: MAYER, Michael F., *Right of Privacy*, Law-Arts Publishers, Inc., Nueva York, 1972, págs. 6-8.

Contra esta generalizada apreciación ha formulado reparos CERRI, Augusto, voz “*Riservatezza (diritto alla)* III) *Diritto costituzionale*”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1995, pág. 1: “la fuerza de los modernos medios de comunicación de masa compensa la dispersión ligada con la amplitud del contexto social en el cual se desenvuelve la vida colectiva, y no conduce, ciertamente, a un conocimiento recíproco entre los miembros de la sociedad que sea mayor que el verificable en los restringidos contextos de las tradicionales democracias ciudadanas”.

agresión contra la intimidad de la que fueron víctima aquellas “personas”, que fueron fotografiadas mientras se hallaban en un inmueble de propiedad de un particular, es decir, en una reunión privada. Es más, los redactores de la nota periodística comentada se jactaron, por mucho tiempo, de haber prestado un “servicio social” a la colectividad, al “fiscalizar” el cumplimiento de una labor a la que, da la impresión, se reconoce el carácter de “función pública”, esto es, la de integrar la selección nacional.

Comprensiblemente, no se presentó ninguna demanda por violación del derecho a la intimidad en aquella oportunidad. Aunque se trató, qué duda cabe, de una de las denuncias periodísticas más sonadas, acompañada de fotografías, inclusive, no había cómo prever que, en lo sucesivo, los futbolistas de los equipos más conocidos iban a ser víctimas de un acoso permanente, justificado, no ya por la supuesta “función pública” de los “seleccionados”, sino por el “interés” de la noticia.

Así ocurrió con el hoy veterano delantero Waldir Sáenz. Por varios años, el señor Sáenz ha sido fotografiado y filmado por programas televisivos de espectáculos en casi todas sus actividades diarias, y siempre con la inconfesada intención de captarlo protagonizando alguna escena sin ninguna vinculación con la actividad deportiva a la cual, naturalmente, se debía su “fama”. Los titulares que se sucedieron, en la última década, nos han mostrado a un individuo que, fuera de las canchas, asiste a locales de baile donde se consume licor en grandes cantidades, que bebe en las esquinas, que pasea con mujeres de mala reputación (“a pesar de estar casado y de tener una hija”, como se suele remarcar), que se divierte mientras sus compañeros se “concentran”, a la espera de algún partido próximo e importante, etc.

Otro caso de “persecución” mediática fue el padecido por el defensor Miguel Rebosio. Durante meses, la televisión exhibió a este futbolista en actividades que nada tienen que ver con el deporte: divirtiéndose hasta el alba o bebiendo. En una entrevista, el señor Rebosio declaró, con toda la razón, que tenía la sensación de “carecer de vida privada”.

Idéntica ha sido la situación de Jefferson Farfán, hoy delantero del club PSV Eindhoven de Holanda. Él ha sido fotografiado y filmado, repetidamente, en compañía de su pareja, Melissa Klug, con la acusación de “salir con una mujer divorciada y con hijos concebidos en sus anteriores compromisos, en lugar de buscarse una compañera en Europa”. El tono pseudo moralista de los titulares de los periódicos y del contenido de la información raya en lo inadmisibles.

Así, como es claro, los medios de comunicación de masa no cumplen ninguna función de “moralización” de la sociedad. Sin incurrir en idealismos, un jurista de la talla de Francesco Carnelutti escribió que la prensa, por aportar materiales a la historia, y sin perjuicio de la conciencia que se tenga o no de ello, se apartaba de su trascendental contribución historiográfica al prestar atención a hechos carentes de “historicidad”, es decir, que no comprometían el interés público en medida suficiente como para legitimar el sacrificio del interés privado¹¹. Lo que es dado apreciar en la actividad periodística, en todo caso, es un importante factor de la estabilidad del sistema democrático¹², siempre y cuando su afirmada labor de “fiscalización” de los verdaderos “funcionarios públicos” se cumpla a cabalidad.

En la doctrina del derecho civil, en efecto, se considera que:

“Pueden [...] hacerse conocer y difundir, por ejemplo, noticias sobre el patrimonio y también, eventualmente (aunque con mayor cautela), noticias sobre la salud de las personas llamadas a administrar *intereses públicos*, así como toda otra información que permita a los ciudadanos evaluar la confiabilidad, la competencia, la rectitud y, en pocas palabras, la idoneidad moral y técnico-profesional de aquéllas para desempeñar las *funciones* que se les han encomendado. Desde esta perspectiva, su *privacy* no es tutelada. En la práctica, sin embargo, habrá que procurar que esta forma de control (en cuyo ámbito el papel, sobre todo de los periodistas, pero no sólo de ellos, es evidentemente fundamental) se realice con razonabilidad y racionalidad”¹³.

En este marco, una figura eminente de nuestras letras, y veterano cultor de la actividad

11 CARNELUTTI, Francesco, “*Diritto alla vita privata (Contributo alla teoria della libertà di stampa)*”, en “*Rivista trimestrale di diritto pubblico*”, año V, 1955, pág. 13.

12 En tal sentido, CORASANITI, Giuseppe, *Diritto dell'informazione*, 3ª ed., Cedam, Padua, 1999, págs. 13-14, transcribe los términos de una sentencia de la Corte Costituzionale italiana, la n. 348 de 1990, en la cual se enuncia que “la información, en sus aspectos activos y pasivos (libertad de informar y derecho a ser informados) expresa [...] una condición preliminar (o, si se quiere, un presupuesto insuprimible) para la realización en todo nivel, central o local, de la forma propia del Estado democrático”.

13 FERRI, Giovanni Battista, “*Privacy, libertà di stampa e dintorni*”, en “*Europa e diritto privato*”, 1998, pág. 156.

periodística, como Mario Vargas Llosa, ha tomado la palabra para condenar la rebaja de los medios de comunicación al interés por los chismes y las “noticias” sin importancia –como la vida de los futbolistas, en los ejemplos citados– antes que en las verdaderas cuestiones de relevancia social:

“El periodismo escandaloso, amarillo, es un perverso hijastro de la cultura de la libertad. No se lo puede suprimir sin infligir a ésta una herida acaso mortal. Como el remedio sería peor que la enfermedad, hay que soportarlo, como soportan ciertos tumores sus víctimas, porque saben que si trataran de extirparlos podrían perder la vida. No hemos llegado a esta situación por las maquinaciones tenebrosas de unos propietarios de periódicos ávidos de ganar dinero, que explotan las bajas pasiones de la gente con total irresponsabilidad. Esto es la consecuencia, no la causa. La raíz del fenómeno está en la banalización lúdica de la cultura imperante, en la que el valor supremo es ahora divertirse, entretenerse, por encima de toda otra forma de conocimiento o quehacer. La gente abre un periódico –va al cine, enciende la televisión o compra un libro– para pasarla bien, en el sentido más ligero de la palabra, no para martirizarse el cerebro con preocupaciones, problemas, dudas. No: sólo para distraerse, olvidarse de las cosas serias, profundas, inquietantes y difíciles, y abandonarse, en un devaneo ligero, amable, superficial, alegre y sanamente estúpido. ¿Y hay algo más divertido que espiar la intimidad del prójimo, sorprender al vecino en calzoncillos, averiguar los descarríos de fulana, comprobar el chapoteo en el lodo de quienes pasaban por respetables y modélicos?”¹⁴.

No hay cómo olvidar, en este escenario, que durante el fujimorato, los medios de comunicación sirvieron colectivamente al adormecimiento del sentir colectivo, al ser financiados directamente por el grupo en el poder, a fin de distraer a la ciudadanía del conocimiento de la realidad¹⁵. Y, por casualidad, los temas cruciales ocultos tenían a menudo que ver con violaciones de derechos fundamentales. En otros términos, a través de la violación de la vida privada de personajes del espectáculo, de deportistas, de políticos opositores al régimen, etc., que se exhibían en las pantallas de televisión y en los periódicos bajo contrato, se mantenía a la población en un estado de ignorancia sobre otros atentados, como los cometidos con el objetivo de la “pacificación” del país, o sea, en ocasión de la “guerra” desplegada contra el terrorismo.

En relación con este punto, en el *Informe final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación¹⁶ se distingue una etapa que “corresponde básicamente al período 1993-2000, en la que un sector de la prensa sucumbió a diversas formas de presión y sacrificó su independencia para servir a los intereses de un régimen corrupto que se preocupó de acallar cualquier denuncia sobre violaciones de derechos humanos”¹⁷. Y se señala, con mayor precisión que:

“[L]os diarios sensacionalistas sirvieron como herramientas de presión, difamación y debilitamiento de los adversarios políticos del régimen autoritario del presidente Fujimori. Otro de los usos dados a este tipo de prensa fue el de instrumento de manipulación psicosocial, generando escándalos en la farándula o inventando hechos para reorientar la atención pública de los hechos que eran desfavorables al gobierno”¹⁸.

En la actualidad, por lo demás, los programas y espacios televisivos –así llamados– “de farándula” que persisten en el acoso contra “figuras” del espectáculo, pero que no son, en modo alguno, comparables con las “estrellas” internacionales. En el Perú existe un ambiente “farandulero” muy

14 VARGAS LLOSA, Mario, “*Nuevas inquisiciones*” (1998), artículo publicado en la columna “Piedra de toque”, consultable en <http://www.caretas.com.pe>.

15 Como bien se ha observado: “El Perú de los últimos quince años nos mostró la importancia de la prensa responsable y libre y, también, nos hizo ver la terrible faz de la prensa corrupta, comprada con castillos de billetes acomodados sobre una mesa filmada en el Servicio de Inteligencia Nacional. Esta última prensa utilizó todos los medios, vedados y no vedados, para atacar a los adversarios de quien le pagaba. Terminó aquel gobierno pero no la bajeza de muchos de los ataques políticos que se ven en estos días”: RUBIO CORREA, Marcial, “*Prólogo*” a EGUIGUREN PRAELI, *op. cit.*, pág. 11. En similar sentido: MORALES GODO, Juan, *Derecho a la intimidad (Estudio comparado con el right of privacy del derecho norteamericano)*, Palestra Editores, Lima, 2002, págs. 19-20, 27.

16 La Comisión de la Verdad y la Reconciliación fue creada durante el gobierno transitorio de Valentín Paniagua, por Decreto Supremo N.º 065-2001-PCM, con el encargo de “esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos, producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado, así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y concordia entre los peruanos”. Su *Informe final*, fechado el 28 de agosto de 2003, puede ser consultado en: <http://www.cverdad.org.pe>.

17 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, t. III, pág. 489.

18 *Ibid.*, t. III, pág. 530.

singular, en el cual todos, sin distinguir a los actores principales de las simples comparsas, están en el blanco de las cámaras. Y los productores, auspiciadores y conductores de tales programas parecen estar bastante interesados en hacer público lo peor de las personalidades de dichos personajes.

No puede discreparse, entonces, de quien sostiene que “la causa de la protección de la persona (de su dignidad, identidad, vida privada) merece una tutela incisiva por su debilidad objetiva frente al poder de los medios de comunicación y, moralmente, por su *mayor nobleza intrínseca*, en comparación con la apreciable en las tantas manifestaciones de voyeurismo que nos reserva cierta prensa”¹⁹.

Todas las opiniones referidas son entendibles, con mayor razón, si se tiene en cuenta que, en nuestro país, las peculiares notas periodísticas que muestran las miserias de la humanidad tienen casi siempre como protagonistas, ni más ni menos, a personajes del mundo del espectáculo, y sólo en contadas ocasiones, por ejemplo, a parlamentarios. Creo que es legítimo conjeturar que esta opción de los medios de comunicación se deba a la mal entendida inmunidad parlamentaria, o a la especial posición que ocupan los funcionarios públicos en general, la cual coloca a éstos, normalmente, en una mejor situación para reaccionar frente a las agresiones a su intimidad personal y familiar²⁰.

§. 3. El caso “Magaly Medina”: una visión civilística.

Sin perjuicio de lo anterior, ha tenido lugar un *leading case* que permite abrigar esperanzas en el arribo de una nueva fase en la protección jurídica de la intimidad de las personas “notorias” en el Perú, aunque para ello se haya tenido que recurrir al remedio privilegiado en la época anterior a la doctrina sobre los derechos de la personalidad, es decir, a la vía penal.

Los hechos relativos al caso “Magaly Medina”, al que se hace referencia, son más o menos de conocimiento general. La bailarina Mónica Adaro fue filmada mientras mantenía relaciones sexuales en el cuarto de un hotel, a cambio de una contraprestación dineraria, con un individuo interpuesto por los denunciados: la Sra. Magaly Medina y su productor, el Sr. Ney Guerrero. Las escenas del vídeo grabado fueron propaladas, luego, en el programa de televisión conducido por la Sra. Medina.

Este episodio, que ocupó por buen tiempo las primeras páginas de la prensa amarilla nacional dio lugar a un proceso penal culminado con una sentencia de la Corte Suprema²¹ y, posteriormente, con un pronunciamiento del Tribunal Constitucional²².

Ya sobre la sola base de la versión que circuló de los hechos y, más todavía, del artificioso argumento abogadil que pretendió hacer pasar la actividad de los imputados como un “servicio a la comunidad” (la denuncia televisiva de un ilícito administrativo de interés público: la prostitución clandestina)²³, quienes conocen el derecho, o lo que la justicia exige, podían predecir, en silencio, el

19 FERRI, *op. cit.*, pág. 161.

20 Acerca de los agravios a la reputación de personas notorias, a través de medios de comunicación, BONA, Carlo, “*Il prezzo della celebrità: la reputazione del v.i.p.*”, en “Danno e responsabilità”, 2006, núm. 4, pág. 441, anota: “Será verdad que magistrados, periodistas y políticos tienen un papel totalmente particular, y que tienen, por lo menos estos últimos, una vida de relación más rica que la del hombre común; pero también es cierto que ellos están indiscutiblemente mejor preparados para absorber las lesiones de la reputación”.

21 Corte Suprema de la República. Primera Sala Penal Transitoria. Resolución R.N. N°. 3301-04, del 28 de abril de 2005. Publicada en “Diálogo con la jurisprudencia”, año X, núm. 81, Lima, junio de 2005, págs. 19 y sgtes., con comentarios de MORALES GODO, Juan, “*El permanente conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad*” (*ivi*, págs. 23 y sgtes.); EGUIGUREN PRAELI, Francisco, “*La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. A propósito de la sentencia en el caso Mónica Adaro contra Magaly Medina*” (*ivi*, págs. 29 y sgtes.); y NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto, “*Defensa técnica de Magaly Medina en el caso de las prostivedettes*” (*ivi*, págs. 33 y sgtes.); y en “Revista peruana de jurisprudencia”, año VII, núm. 54, Trujillo, agosto de 2005, págs. 25 y sgtes., con comentario de LEÓN, Leysser L., “*Derecho de informar y derecho a ser dejado en paz. El caso «Magaly Medina» desde la óptica del derecho civil*” (*ivi*, págs. 30 y sgtes.). Véase, *infra*, Apéndice jurisprudencial, I.

22 Tribunal Constitucional: STC 90/2006. Exp. N°. 6712-2005-HC/TC. Publicada el 20 de enero de 2006. En: “Palestra del Tribunal Constitucional”, año I, núm. I, Lima, enero de 2006, págs. 229 y sgtes.; y en “Diálogo con la jurisprudencia”, año XI, núm. 89, Lima, febrero de 2006, págs. 68 y sgtes. Véase, *infra*, Apéndice jurisprudencial, II.

23 NAKAZAKI SERVIGÓN, *op. cit.*, pág. 40: “La práctica de la prostitución clandestina que se registró y se difundió a través de los programas de Magaly TV objeto de la acusación privada, constituyó una información de interés público por las siguientes razones objetivas: (i) La prostitución clandestina constituye un ilícito administrativo. (ii) La prostitución clandestina es un problema de salud pública. (iii) La vedette es un personaje público de gran influencia en un amplio grupo social que forman los consumidores que han elegido el medio de comunicación social de masas más importante cuantitativamente del país, la llamada prensa «chicha», «amarilla» o no convencional”.

desenlace del pleito.

Y sucedió, como es raro entre nosotros, que los pronósticos coincidieron con el sentido de las sentencias.

3.1. De los “derechos de la personalidad” a los “derechos fundamentales”.

En mi opinión, el “caso Magaly Medina” podría suscitar cuatro interrogantes para quien analice la cuestión desde la óptica civilística.

La primera pregunta es, naturalmente, si el estudioso del derecho civil, dejando a un lado el reconocimiento del derecho a la “intimidad de la vida personal y familiar” en nuestro Código Civil (artículo 14), tiene algo que decir en un debate que parece invocar, automáticamente, el parecer de los constitucionalistas²⁴.

En otro lugar²⁵, he expuesto mi convencimiento sobre lo conveniente de destinar el régimen de los derechos de la personalidad, exclusivamente, a la Constitución. Si ello ocurriera, el manto protector que es mayoritariamente considerado como el más alto de los reconocimientos jurídicos no tendría por qué suscitar dudas en los intérpretes ni en la colectividad. Correspondería a los expertos en derecho constitucional, entonces, la tarea de ocuparse de explicar el contenido y directrices de la tutela de la vida privada, en el marco de la protección de los derechos fundamentales.

Sólo que, por el contrario, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que el valor del Código Civil no es menor que el de la Constitución –por razones culturales y de precedencia histórica–, la actuación de los civilistas es tan o más activa que la de los constitucionalistas. No es arduo verificar que en Alemania, Francia y España (países de constitucionalismo más joven que el peruano, nótese bien), se debe a la doctrina del derecho civil las contribuciones bibliográficas más importantes en esta rama²⁶.

¿Por qué en el Código Civil peruano se enuncia el derecho a la intimidad? ¿Por qué se reitera el reconocimiento de un derecho ya consagrado en el nivel constitucional desde 1979?

El análisis histórico y comparatístico revela su utilidad en este punto.

En Italia, un autor describía cierto estado de cosas, no muy lejano en el tiempo, con estas palabras:

“[L]a fuerza de la tradición y la persistente referencia a los derechos de la personalidad típicos hubo de oponer resistencia a la idea de que la protección constitucional de la dignidad humana confiere de por sí derechos subjetivos frente a los particulares *sin una específica previsión legal*”²⁷.

Sospecho que esta sea la explicación de por qué el Código Civil peruano regula expresamente los derechos de la personalidad: una razón particular de otra experiencia jurídica, en la cual no había calado aún la teoría –hoy ampliamente acogida, en cambio– de la eficacia en las relaciones entre

24 Remito, por todos, al valioso volumen de EGUIGUREN PRAELI, citado *retro*, nota (3).

25 LEÓN, Leysser L., “La reforma del Código Civil vista en serio” (2003), ahora en *Id.*, *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, Palestra Editores, Lima, 2004, págs. 261-262.

26 En la doctrina de derecho civil nacional son de recordar los trabajos de FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Comentario sub art. 14*, en REVOREDO, Delia (compiladora), *Código Civil*, IV, *Exposición de motivos y comentarios*, 3ª. ed., Okura Editores, Lima, 1988, pág. 83 y sgtes., ahora en *Id.*, *Derecho de las personas*, 9ª. ed., Grijley, Lima, 2004, págs. 67 y sgtes.; *Id.*, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Publicaciones de la Universidad de Lima, 1990, pág. 126; RUBIO CORREA, Marcial, *El ser humano como persona natural*, en *Biblioteca para leer el Código Civil*, vol. XII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, págs. 90 y sgtes.; BECERRA PALOMINO, Enrique, “Derecho a la intimidad”, en AA.VV., *Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor*, Cultural Cuzco, Lima, 1992, págs. 103 y sgtes.; MORALES GODO, Juan, *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Grijley, Lima, 1995; *Id.*, *Derecho a la intimidad (Estudio comparado con el right of privacy del derecho norteamericano)*, Palestra Editores, Lima, 2002; *Id.*, *Comentario sub art. 14*, en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, págs. 158 y sgtes.; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “No se lo digas a nadie. ¿Se puede vender el derecho a la privacidad en el mercado?”, en “Ius et Veritas”, año IX, núm. 17, 1998, págs. 166 y sgtes., ahora en *Id.*, *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra Editores, Lima, 2003, págs. 165 y sgtes.; y ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, 3ª. ed., Editorial Huallaga, Lima, 2003, págs. 218 y sgtes.

27 BIANCA, *Diritto civile*, 1, cit., pág. 145.

particulares de los derechos constitucionalmente reconocidos²⁸, sobre todo, de aquellos que atañen a la protección de la persona:

“La cuestión de la eficacia privatística de los preceptos constitucionales (la llamada *Drittwirkung*) no se presta, en realidad, a una solución unívoca. Ello no obstante, dicha eficacia debe reconocerse, sin lugar a dudas, en lo tocante a los derechos de respeto de la personalidad. La garantía jurídica de una esfera dentro de la cual el sujeto pueda desenvolver libremente su personalidad exige, desde luego, que la garantía de tal esfera sea válida frente a todos, y que también los particulares tengan, por lo tanto, el deber de respetarla”²⁹.

La nuestra, en efecto, es una época de afirmación de la “eficacia civil de los derechos fundamentales”³⁰. Empero, lo que parece haber sido determinante para nuestro codificador de 1984 fue la conjetura de que el contexto nacional (acaso por la escasa creatividad y labor interpretativa de la que hacen gala nuestros jueces) no se prestaba a una deducción directa de los remedios del derecho civil (como el resarcimiento o la inhibitoria) en los casos de violación de los derechos de la personalidad.

De aquí provendría, pues, la necesidad de regular tales derechos en el Código Civil, y de establecer, en relación con la inhibitoria³¹, que “la violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos” (artículo 17, párrafo 1º.).

Sin perjuicio de lo anterior, opino que la labor de los civilistas peruanos bien puede singularizarse, y cobrar nueva vida, en nuestro propio marco jurídico de hoy.

La vía para esta renovación la ha dado la peculiar “constitucionalización del derecho privado” que nos ha tocado vivir, a saber, el paso abrupto de los “derechos de la personalidad” a los “derechos fundamentales”, que ha hecho perder de vista la sustancia de estos intereses que la doctrina civilística contribuyó a forjar en otros escenarios.

En las Constituciones de elaboración menos antigua, en efecto, los derechos de la personalidad, de inobjetable cuna privatística, figuran “rebautizados” como “derechos fundamentales”³². En aquellos países donde el Código Civil ha simbolizado, desde siempre, el “estatuto jurídico fundamental de los

28 En un origen, se consideraba que los derechos fundamentales (los *Grundrechte* de la experiencia alemana) tenían eficacia únicamente entre los particulares y el Estado. Hoy se reconoce que ellos operan también en las relaciones entre particulares. En tal sentido, CANARIS, Claus-Wilhelm, “*L’incidenza dei diritti fondamentali nel diritto privato tedesco*”, en “*Studium Iuris*”, 1999, pág. 365, explica que con la expresión “eficacia frente a terceros” (*Drittwirkung*) se alude a la “eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones recíprocas entre sujetos de derecho privado, en contraposición a su eficacia en las relaciones entre ciudadanos y el Estado; el adjetivo «inmediata» quiere significar que los propios sujetos de derecho privado –y no solamente el Estado– son destinatarios de los derechos fundamentales y, más precisamente, tanto de los derechos fundamentales entendidos como derechos subjetivos, cuanto de ellos entendidos como normas de derecho objetivo”.

29 BIANCA, *op. ult. cit.*, pág. 146. El destacado civilista italiano expresa sus reparos, en cambio, en relación con la *Drittwirkung* de otros derechos constitucionalmente consagrados, como los de asistencia social y de igualdad, los cuales comprometen, de modo exclusivo, al Estado. En el mismo sentido se pronuncia, en el derecho portugués: MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de direito civil português*, I, *Parte geral*, t. I, 3ª. ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág. 380.

30 MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pags. 374 y sgtes. El autor aprecia una “introducción dogmática de los derechos fundamentales en el derecho civil” (*ivi*, pág. 377), que se produciría “de modo directo o bien mediante la concretización de conceptos indeterminados: en el primer caso, ella pasaría [...] de los textos fundamentales a las sentencias civiles; en el segundo, ella contribuiría para precisar, en casos concretos, principios como la buena fe o las buenas costumbres”.

La operatividad de la tutela constitucional de los derechos de la personalidad respecto de terceros es destacada también, en el derecho portugués, por MOTA PINTO, Paulo, “*O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*”, en “*Boletim da Faculdade de Direito*”, Universidade de Coimbra, vol. LXIX, 1993, pág. 483.

31 Sobre la protección inhibitoria, véase *infra*, § 7.

32 Esto es señalado expresamente, respecto de la Constitución española vigente, por FLORENSA TOMÁS, Carles Enric, voz “*Personalidad*”, en *Nueva Enciclopedia jurídica*, vol. XIX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1989, pág. 644. En el mismo sentido: LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 73.

El origen privatístico de los derechos fundamentales es reivindicado, también en la experiencia española, por autores como MARTÍN BERNAL, José Manuel, “*Los derechos de la personalidad en la Constitución española*”, en “*Revista general de legislación y jurisprudencia*”, año CXXVII, t. LXXVIII (246 de la colección), 1979, pág. 4. Según el civilista CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto, “*Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen*”, en AA. VV., *Honor, intimidad y propia imagen*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 343, con el régimen constitucional español en materia de derechos fundamentales se “comenzó a diluir la figura de los derechos de la personalidad”. En el libro, más bien mediocre, de REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 103, se lee que “no tiene sentido, después de 1978, hablar de los *derechos de la personalidad* como derechos subjetivos de naturaleza privada, y sí hacerlo de *derechos fundamentales de la personalidad*” (las cursivas son añadidas).

particulares³³, este valor ha venido atenuándose, a medida que cobraba fuerza el de la Constitución. El derecho privado no es más aquel “derecho constitutivo de la sociedad burguesa, junto al cual el derecho constitucional tenía una importancia secundaria”³⁴. De haber fungido, tradicionalmente, como ley “constitucional” del derecho de los particulares, ahora el Código Civil se presenta “«atravesado», en todos sus componentes, por una normativa «pública» como la Constitución”³⁵. Al derecho privado, “que hasta ahora determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien consiste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados, cuyo significado para el caso concreto siempre será de más difícil determinación que el correspondiente a las normas pertinentes del derecho privado: la claridad y certeza jurídicas, necesarias justamente para el tráfico jurídico-privado, resultan afectadas de modo no irrelevante. La falta de claridad se incrementa por la peculiaridad de la constelación de los derechos fundamentales”³⁶.

Al ponerse fin a la exclusividad de las referencias al Código Civil, la propia forma de investigar en el área del derecho privado resulta modificada, y ello implica un “abandono de la autorreferencialidad típica de cierto modo de realizar la investigación, en atención a la necesidad de saldar cuentas con una serie más rica de datos referentes, comenzando por los constitucionales”³⁷.

Con la idea de la eficacia de los derechos constitucionalmente consagrados en las relaciones entre particulares, viene de la mano el reconocimiento de que el remedio resarcitorio podría ser aplicado, sin más, ante supuestos de lesión de dichas situaciones jurídicas³⁸. Así pues, no hay cómo desconocer lo fructífera que será la labor del civilista que se imponga el rescate –o “reivindicación”, si se prefiere– de la materia conceptual de la que están hechos aquellos “derechos de la personalidad” que se han convertido, por un toque mágico de los constituyentes o por la fuerza de las convenciones y pactos internacionales, en “derechos fundamentales”.

3.2. Un reconocimiento esperado en el “derecho viviente”.

El segundo punto a destacar tiene que ver con la recién advertida “efectividad” u “operatividad” del derecho a la intimidad personal, que, pese a estar consagrado en la Constitución y en los códigos civil y penal no solía alcanzar reconocimientos como el ocurrido a propósito del “caso Magaly Medina”.

La consecuencia de una recepción puramente formal del derecho a la intimidad es, como puede entenderse, la ausencia del efecto social de rechazo que sería de esperar frente a episodios en los cuales este aspecto de la personalidad es vulnerado, incluso de manera cotidiana. Indicios seguros de ello los tenemos, ni más ni menos, en aquellos programas de televisión ya mencionados, en los cuales se infringe impunemente la esfera privada de las personas, sobre la base de la errada y condenable premisa de que los denominados “personajes públicos” carecen de intimidad³⁹.

Esto se ha debido, tal vez, y entre otras causas, a la inexistencia en el Perú de un terreno propicio (en el plano cultural, especialmente) para que eche raíces la ideología de la protección jurídica efectiva, y no meramente legislativa, de la esfera privada de los sujetos.

Algo que se debería tener presente, además, es que el derecho a la protección de la vida

33 Esta antigua consideración del Código Civil aparece en nuestra jurisprudencia constitucional, en la sentencia del expediente N°. 976-2001-AA/TC, por ejemplo.

34 HESSE, Konrad, *Constitución y derecho privado* (1988), trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Civitas, Madrid, 1995, pág. 38.

35 DI MAJO, Adolfo, “*I cinquant’anni del Libro delle Obbligazioni*”, en “*Rivista critica del diritto privato*”, año X, 1992, pág. 165.

36 HESSE, *op. cit.*, págs. 59-60.

37 RODOTÀ, Stefano, “*Lo specchio di Stendhal: Riflessioni sulle riflessioni dei privatisti*”, en “*Rivista critica del diritto privato*”, año XV, 1997, pág. 16.

38 Pero también –hay que advertirlo– aparece el peligro de que una antojadiza o forzada lectura de la Constitución mueva a las partes litigantes, a abogados y, principalmente, a la magistratura a “visionar” derechos por doquier, como si la Constitución fuera un texto a partir del cual se haga posible crear y amparar toda pretensión.

Este fenómeno se viene viviendo en la experiencia italiana, a tal punto que se repara en que la Constitución tiene en muchos juristas el mismo efecto que en el Quijote los libros de caballerías: SATTÀ, Salvatore, “*Limiti d’estensione dell’art. 24 della Costituzione*”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1971, pág. 581, citado por GAZZONI, Francesco, “*L’art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*”, en “*Responsabilità civile e previdenza*”, vol. LXVIII, 2003, pág. 1300. En torno de esta problemática, permítaseme remitir a LEÓN, Leysser L., *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Editora Normas Legales, Trujillo, 2004, págs. 593 y sgtes.

39 Véase: LEÓN, “*El papel de la responsabilidad civil*”, *cit.*, págs. 187-188, y nota (9).

privada ha sido una construcción conjunta de la doctrina y de la jurisprudencia⁴⁰. Sólo por esta razón, y no es poca cosa, el sentido de las decisiones de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional merece ser elogiado⁴¹.

En efecto, y como bien expresa un eminente civilista:

“Dado que el derecho a la *privacy* tiene [...] orígenes doctrinales y jurisprudenciales, su configuración nace del afinamiento –a menudo realizado de manera dialéctica y crítica, entre teóricos y magistrados– de los modelos de decisión de las controversias: en el ámbito teórico se trazan los modelos ideales de sentencia; en los juicios se depositan los modelos concretos. La historia de la protección de la *privacy* [...] es un ejemplo representativo de la evolución de los modelos de sentencias, de la expansión del derecho privado de naturaleza jurisprudencial, de la creciente sensibilización de la opinión pública, de los juristas y de los jueces, en torno de la protección de la esfera personal”⁴².

3.3. ¿Son los remedios del derecho civil idóneos para la tutela de la vida privada?

El tercer punto a abordar tiene que ver con el tema de la ventaja o infructuosidad de los remedios civilísticos para la protección jurídica de la intimidad.

Al respecto, y como ya se ha indicado, la historia enseña que en épocas remotas, antes de que los civilistas elaboraran la teoría de los “bienes de la personalidad” y de los “derechos sobre la propia persona”, a fines del siglo XIX, existía la creencia en que el derecho público, la normativa penal y las sanciones previstas en ésta eran instrumentos que bastaban para amparar a los sujetos cuyo honor o reputación, por ejemplo, eran agraviados por la conducta ajena⁴³.

Un descripción de esta forma de pensar, a cargo de un autorizado autor, aparece en el siguiente fragmento:

“El ordenamiento jurídico establece los atributos esenciales de la personalidad con normas que *son de derecho público* (constitucional, administrativo o penal) y que no confieren a la persona un poder de voluntad en lo que se refiere a la correspondencia de los atributos mismos: ellos constituyen *bienes* para el sujeto, pero no son objeto de otros tantos derechos subjetivos, y por ello no son transferibles ni renunciables. Respecto de esta tutela meramente objetiva de la personalidad se presenta, *como secundaria*, la tutela realizada por el ordenamiento mediante la atribución al particular de derechos subjetivos, los llamados *derechos de la personalidad*”⁴⁴.

40 Lo subrayaba, en la experiencia italiana, un civilista y magistrado de renombre, recientemente desaparecido: MIRABELLI, Giuseppe, “*Le posizioni soggettive nell’elaborazione elettronica dei dati personali*”, en “Il diritto dell’informazione e dell’informatica”, 1993, pág. 317. El mismo realce es efectuado por GIACOBBE, Giovanni, voz “*Riservatezza (diritto alla)*”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milán, 1989, pág. 1244. Otros autores prefieren enfatizar la contribución de la jurisprudencia, especialmente, la de primera instancia: RUFFINI GANDOLFI, Maria Letizia, voz “*Diritto alla riservatezza*”, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. V, Utet, Turín, 1990, págs. 91 y sgtes.; y ALPA, Guido, *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1999, pág. 425, y en la versión en castellano de esta obra, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, trad. y notas de Leysser L. León, El Jurista Editores, Lima, 2006, pág. 546.

41 En este punto, son de compartir las apreciaciones de MORALES GODÓ, “*El permanente conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad*”, cit., pág. 23, para quien la solución a los problemas vinculados con las agresiones al derecho a la intimidad no tiene que ver con la ausencia de normativa ni con un tratamiento deficiente de las normas vigentes, sino con “la urgente necesidad de que jurisprudencialmente se encuentren las soluciones para los distintos casos que presenta nuestra realidad, a fin de extraer de ellas las pautas de conducta que los ciudadanos deberíamos seguir, especialmente los medios de comunicación masiva que encarnan y enarbolan la libertad de expresión”.

42 ALPA, *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, cit., pág. 430; Id., *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, cit., págs. 551-552.

43 Aquí la referencia a la *actio iniuriarum* es común en la doctrina, desde la época más antigua: RAVÀ, Adolfo, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, Fratelli Bocca editori, Turín, 1901, pág. 69. Más recientemente: DOGLIOTTI, Massimo, “*I diritti della personalità: questioni e prospettive*”, en “Rassegna di diritto civile”, 1982, pág. 657; en el derecho portugués: MOTA PINTO, *op. cit.*, págs. 481-482. En el derecho español, basta remitir a CASTÁN TOBEÑAS, José, “*Los derechos de la personalidad*”, en “Revista general de legislación y jurisprudencia”, año C, 2ª. época, t. XXIV (192 de la colección), 1952, pág. 9, y, sobre todo, a DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “*Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales*”, en “Anuario de derecho civil”, t. XII, 1959, pág. 1240.

44 SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª. ed. (1966), reimpresión, Jovene, Nápoles, 2002, pág. 50 (las cursivas son añadidas). En idéntico sentido, y enfatizando el carácter más incisivo de la tutela penal: CATAUDELLA, *La tutela*

Este dato es tan importante que la teoría de los derechos de la personalidad –que ha llegado a nosotros ya madura, lo cual, naturalmente, no justifica que se ignore su evolución– fue, por mucho tiempo, rechazada, porque se entendía que representaba una inoportuna incursión de los civilistas en asuntos que eran de competencia de los especialistas del derecho público⁴⁵.

No se falta a la verdad, entonces, si los fallos vinculados con el caso “Magaly Medina” son apreciados como el muy tardío arribo al ordenamiento jurídico nacional de un mecanismo de tutela que, en otras experiencias, prefiguró la implantación de la protección civilística de la intimidad, y como un indicio de que, en el Perú, sólo la vía penal es un buen medio para obtener un remedio jurídico.

Esto es contrario a lo que predica una moderna corriente doctrinal –que informa el presente trabajo–, la cual propone marginar “el instrumento de las sanciones penales que limiten la libertad personal”, y que la defensa de la intimidad frente a los medios de comunicación se funde, por el contrario, en “instrumentos resarcitorios, a los cuales se podría sumar la sanción de la rectificación”⁴⁶. Desde una perspectiva más amplia, el derecho de la responsabilidad extracontractual de hoy ha llegado a ser concebido como una forma a través de la cual se concretan los derechos fundamentales⁴⁷.

Es razonable, además, que quien observe comparatísticamente el panorama se sorprenda del desarrollo alcanzado en países como Alemania, Francia, Italia y Estados Unidos en cuanto a la protección de la intimidad, a pesar de que ninguno de ellos –como se ha señalado reiteradamente– cuenta con un aparato normativo tan detallado como el nuestro⁴⁸. La desazón es mayor si se tiene en cuenta que el nivel de protección jurídica de la intimidad, incluso a través de condicionamientos para el ejercicio de la libertad de información, se ha convertido en un índice, propiamente dicho, con el que se miden el desarrollo y los valores democráticos de la sociedad:

“Los valores más elevados de la vida humana se expresan en la facultad de autodeterminación, sin las interferencias de factores externos: el pertenecer a otros y las restricciones derivadas de la llamada comercialización de los hechos de la vida íntima contrastan con la idea misma de libertad. La estructura de la sociedad moderna ha impuesto, en forma cada vez más incisiva y urgente, que se defina un régimen idóneo para proteger la libertad de los fenómenos frecuentes de asedio a la intimidad”⁴⁹.

Resta anotar que la responsabilidad no es el único remedio de carácter civil que se propone para hacer frente a las lesiones del derecho a la intimidad. Hay que destacar, por el contrario, las dudas formuladas de la doctrina, en el sentido de que:

civile della vita privata, cit., pág. 7.

45 Subrayan este punto: FERRARA ST., Francesco, *Diritto delle persone e di famiglia*, Jovene, Nápoles, 1941, pág. 76; GIAMPICCOLO, Giorgio, “La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza”, en “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, año XII, 1958, págs. 463 y sgtes.; ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, a su vez en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale diretta da Walter Bigiavi*, Utet, Turín, 1965, págs. 249 y sgtes.; y RESCIGNO, Pietro, “Personalità (diritti della)”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, pág. 1 (de la separata).

Di MAJO, Adolfo, “*Profili dei diritti della personalità*”, en “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, año XVI, 1962, pág. 94, informa que la convicción de que “la protección de los intereses no patrimoniales debe quedar reservada al legislador penal” es atribuible a la Escuela histórica del derecho.

46 FERRI, *op. cit.*, págs. 165-166.

47 Como se señaló en la Introducción: *retro*, § 1.

En la doctrina argentina, CIFUENTES, Santos, *Los derechos personalísimos*, 2ª. ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 615, indica que “el relieve de los derechos personalísimos depende de los medios que, según el orden positivo, el sujeto puede hacer valer para su defensa, que se sancione la violación y se reparen las consecuencias” (las cursivas son añadidas).

48 No incluyo a España, donde ha sido necesaria la dación de una ley específica “sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” (Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982). Más de medio siglo atrás, CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, pág. 61, anotaba: “sería tentadora la idea de llevar al Código Civil, al Código penal, a las leyes administrativas y sociales, los contornos bien definidos de la protección jurídica de la personalidad y sus atributos. Mas la labor legislativa en todas las esferas y sobre todo en una materia delicada como ésta, requiere una seria preparación doctrinal. Los problemas, muchas veces arduos, que suscita la tutela de los bienes de la personalidad, antes de llegar a los órganos codificativos han de pasar por el tamiz de nuestras cátedras universitarias”.

Al respecto, y entre nosotros, MORALES GODO, *El derecho a la vida privada*, cit., pág. 302, se ha expresado a favor de la “necesidad de promulgar una ley especial que desarrolle la protección de la vida privada, fijando las limitaciones correspondientes, previniendo el posible conflicto con la información o, en todo caso, logrando un mayor desarrollo dentro del Código Civil”.

49 TOMMASINI, Raffaele, “*L’interesse alla riservatezza ed i valori della persona di fronte alla libertà di manifestare il pensiero*”, en ALPA, Guido; BESSONE, Mario; BONESCHI, Luca; y Giandomenico CAIAZZA (editores), *L’informazione e i diritti della persona*, Jovene, Nápoles, 1983, pág. 41. En el derecho estadounidense, BEZANSON, Randall P., “The Right to Privacy Revisited: Privacy, News and Social Change, 1890-1990”, en “California Law Review”, vol. 80, 1992, págs. 1135-1136, percibe la transformación del derecho de una clase social (en el siglo XIX) en un derecho con “carácter democrático” (en el siglo XX).

“[L]a medida general prevista para todo tipo de ilícito, el resarcimiento del daño, resulta escasamente eficaz en [esta hipótesis], dado que ella se inspira en las exigencias de protección de los intereses relativos a bienes materiales. Si el resarcimiento del daño fuera la única medida aplicable, el ilícito sancionado sería solamente aquel que produce tal daño, y no existirían remedios contra los daños personales normalmente consiguientes a la violación de la intimidad”⁵⁰.

De aquí que se cuestione, por parte de esta misma doctrina, la eficacia que podría tener una figura poco estudiada entre nosotros: el resarcimiento en forma específica, o sea, la reintegración “*in natura*”, y no ya a través de un equivalente pecuniario, de la situación preexistente al evento dañoso (la publicación de una sentencia condenatoria, por ejemplo). Se responde, sin embargo, que en los casos de agravio contra el derecho a la intimidad, “recurso a la tutela en forma específica, en lugar de favorecer el olvido en torno del hecho lesivo de la persona, amplifica su resonancia y causa mayor perjuicio a la víctima de la intrusión ajena en su esfera existencial”⁵¹.

Se subraya, así mismo, la acaso mayor eficacia de los remedios previstos para la lesión de intereses personales (relativos a las obras del ingenio, al nombre, a la imagen, etc.), como el secuestro y/o la destrucción del material dañoso, así como la acción inhibitoria⁵². Incluso la legítima defensa tendría un lugar en el elenco de los remedios civilísticos frente a lesiones de este tipo⁵³.

Pero, con todo, no se deja de reconocer que:

“[E]n los casos en que los medios preventivos no protejan el derecho adecuadamente (por ejemplo, por no ser requeridos a tiempo al juez, o por no ser concedidos), el resarcimiento pecuniario por equivalente constituye uno de los pocos remedios contra los daños producidos por la lesión, y puede, en ciertos casos, constituir también un freno a su violación”⁵⁴.

3.4. El conflicto entre la libertad de información y el derecho a ser dejado en paz en sus aspectos históricos y teóricos. La intimidad como derecho de la personalidad o como aspecto del derecho general de la personalidad.

El cuarto y último problema que debería plantearse el estudioso del derecho civil –tal vez el más descontado de todos, pero al que se debe prestar especial atención– es la oposición entre el derecho de informar y el “derecho de ser dejado en paz”.

En atención a que el conflicto de intereses entre la libertad de información y el derecho a la intimidad es tan antiguo y tan conocido por todos, tal cual resulta de la circunstancia de que garantizar el respeto de la esfera privada implica, de suyo, limitar los espacios de la información⁵⁵, resulta entendible que el autor de un artículo que forma parte de un diccionario de derecho civil exponga, simplemente, que:

“[E]n el lenguaje jurídico, el término ‘intimidad’ se suele emplear para indicar *el interés contrapuesto a la (y lesionado por la) difusión pública de noticias sobre la vida privada de la persona*, independientemente de la circunstancia de que tales noticias lesiones también, de manera eventual, el interés al honor, a la reputación, al decoro”⁵⁶.

50 AULETTA, *op. cit.*, pág. 153.

51 MARELLA, María Rosaría, *La riparazione del danno in forma specifica*, Cedam, Padua, 2000, págs. 80-81.

52 Sobre la cual, véase *infra*, § 7.

53 MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 579: “la lesión del derecho a la intimidad, como acto ilícito que es, posibilita la *legítima defensa* de su titular [...], siempre que se presenten sus presupuestos; para ser precisos, la imposibilidad de recurrir a los medios normales para hacer frente a una agresión actual, y cierta proporcionalidad entre el perjuicio causado por el acto de defensa y la agresión” (las cursivas son del autor).

54 AULETTA, *op. cit.*, pág. 157.

55 GOLA, Marcella, “Privacy e giornalismo”, en LOSANO, Mario G. (editor), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Laterza, Bari-Roma, 2001, pág. 301.

56 BELVEDERE, Andrea, voz “*Riservatezza e strumenti d’informazione*”, en *Dizionari di diritto privato*, 1, *Diritto civile*, al cuidado de Natalino IRTI, Giuffrè, Milán, 1980, pág. 727 (las cursivas son añadidas). En la bibliografía española, se expresa en términos coincidentes: GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis, “*Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión*”, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, al cuidado del mismo autor, Tecnos, Madrid, y Universidad Alcalá de Henares, 1992, págs. 15 y sgtes.

Recordar, como tantas veces se ha hecho, los orígenes teóricos de la *privacy* en el ordenamiento estadounidense pueden ser ilustrativos en este punto.

Aunque se especula, atendiblemente, que la raíz doctrinaria de la *privacy* fue el *Individualrecht* alemán⁵⁷, se sabe que el artículo “*The Right to Privacy*”, de Samuel Dennis Warren (1852-1910) y Louis Dembitz Brandeis (1856-1946), publicado en la *Harvard Law Review*, en diciembre de 1890⁵⁸, tuvo como origen el conflicto entre un medio de comunicación y un particular.

Ocurrió, en efecto, que en la *Saturday Evening Gazette*, un semanario de chismes de la alta sociedad, se difundieron noticias acerca de Warren, abogado y hombre de negocios, proveniente de una familia rica y aristocrática de Massachusetts y de su esposa, Mabel Bayard, hija del senador Thomas Francis Bayard, con quien residía en la zona de Back Bay, en Boston. Según se señala⁵⁹, Warren comunicó el hecho a Brandeis, quien era su socio, y había sido compañero de estudios en la Universidad de Harvard, y fue así como nació la idea de escribir aquellas famosas páginas.

Que el derecho civil tiene mucho que decirnos sobre la intimidad es innegable. La situación no es la misma respecto de la libertad de información, que no ha sido tratada por los civilistas sino indirectamente⁶⁰, es decir, en relación con los agravios que, en nombre de tal libertad, pueden afectar la intimidad.

El discurso tiene que desenvolverse, inevitablemente, en los términos de los derechos de la personalidad o del derecho general de la personalidad, esto es, de la teoría *pluralista* o de la teoría *monista* que se disputan la primacía doctrinal en este terreno.

En términos simples, los partidarios de la teoría *pluralista* consideran que existe un elenco de derechos de la personalidad (intimidad, imagen, nombre, honor, etc.)⁶¹. En oposición, los defensores de la teoría *monista*, de creación alemana, y reinante en la experiencia germana desde hace décadas⁶², entienden que la protección constitucional de la dignidad de la persona y del libre desenvolvimiento de la personalidad permiten deducir de ésta, en el nivel aplicativo, y según las exigencias del momento, múltiples “aspectos” individuales a tutelar.

En sus correspondientes realidades de origen, ambas teorías tienen de su parte a la

57 Así lo postula EHMANN, Horst, “*Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht*”, en “Archiv für die civilistische Praxis”, vol. 188, 1988, pág. 233, quien habla, al respecto, de una “reimportación” a Alemania de las ideas pioneras de Josef KOHLER (1849-1919), a partir de su ensayo: “*Das Autorrecht: eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre von Eigentum, von Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht*”, en “Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht”, vol. XVIII, 1880, págs. 129 y sgtes.

58 He tenido a la vista la versión original de este archifamoso estudio: WARREN, Samuel D. y LOUIS D. BRANDEIS, “*The Right to Privacy*”, en “*Harvard Law Review*”, vol. IV, 1890-1891, págs. 193-220, así como la reciente versión italiana: *Il diritto alla privacy*, publicada con el auspicio de la Autorità Garante per la Protezione dei dati personali, Roma, diciembre de 2005.

59 Aquí sigo las referencias de ERNST, Morris L. y Alan U. SCHWARTZ, *The Right to be let Alone*, Macmillan, Nueva York y Londres, 1962, pág. 45; y (aunque manifiesta su escepticismo ante este dato histórico en boca de todos) de PEMBER, Don R., *Privacy and the Press*, University of Washington Press, Seattle y Londres, 1972, pág. 41. En nuestra bibliografía, recuerdan este famoso episodio de la historia de la *privacy*: MORALES GODÓ, *Derecho a la intimidad*, cit., págs. 46 y sgtes.; EGUIGUREN PRAELI, *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal*, cit., pág. 94 y sgtes.

60 En el derecho italiano, la excepción está representada por el volumen de CUFFARO, Vincenzo, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Jovene, Nápoles, 1986.

61 El máximo exponente italiano de esta tesis es DE CUPIS, Adriano, *I diritti della personalità*, 2ª. ed., en *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milán, 1982. La primera edición (provisional) de esta obra se remonta a 1942, y fue ampliándose en las versiones posteriores de 1950 y de 1959-1960 (la primera en el tratado citado). Entre sus predecesores, mencionaré a DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, en *Trattato di diritto civile italiano*, dirigido por Filippo VASSALLI, vol. II, t. 1, Utet, Turín, 1939, pág. 162; y GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, 2ª. ed., 1948, Giuffrè, Milán, 1948, pág. 164.

62 Este dato es puntualmente recordado en los manuales dedicados a la “parte general” del derecho civil alemán, como los de LARENZ, Karl y WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9ª. ed., Beck, Munich, 2004, págs. 126 y sgtes.; y KOHLER, Helmut, *BGB. Allgemeiner Teil*, 28ª. ed., Beck, Munich, 2004, pág. 321. Igualmente: MEDICUS, Dieter, *Schuldrecht, II, Besonderer Teil*, 12ª. ed., Beck, Munich, 2004, pág. 394.

Desde una perspectiva comparatística, se han ocupado de la experiencia alemana: STRÖMHOLM, Stig, *Right of Privacy and Rights of the Personality. A Comparative Survey*, Norstedt & Söners, Estocolmo, 1967, págs. 54 y sgtes.; RIGAUX, François, *La vie privée: une liberté parmi les autres?*, Larquier, Bruselas, 1992, págs. 127 y sgtes.

En Italia, la teoría *monista* tuvo como solitario portavoz, por mucho tiempo, a GIAMPICCOLO, op. cit., págs. 458 y sgtes. Décadas después, cobró un nuevo impulso con el trabajo de FERRI, “*Persona e privacy*”, en “*Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*”, año LXXX, parte I, 1982, págs. 75 y sgtes., en especial, pág. 87: “el tema del objeto de los derechos de la personalidad está destinado a tener relevancia sólo si nos ubicamos desde la perspectiva de un derecho general de la personalidad y, por lo tanto, de una protección unitaria que el individuo recibe en su ser persona”.

jurisprudencia⁶³, particularmente, a la emanada en materia de responsabilidad civil por lesión del derecho a la intimidad.

Así, la versión italiana del derecho general de la personalidad tuvo a su favor un pronunciamiento de la Corte di Cassazione⁶⁴ en el que se estableció:

“Debe reconocerse [...] que la personalidad es presupuesto de derechos, pero también que ella, además de la capacidad, entendida como aptitud abstracta para valerse de tales derechos o para adquirirlos, según su objeto, postula un derecho de concretización, es decir, un derecho de libertad de autodeterminación dentro de los límites permitidos por el ordenamiento, el cual, como derecho absoluto, abstracto, se distingue del poder de autonomía inherente a los distintos y concretos derechos y a las concretas manifestaciones de éstos. [...]. El fundamento de un derecho absoluto como el antes indicado no puede identificarse sino en el artículo 2 de la Constitución, donde, al disponerse que «la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del ser humano, sea como individuo, sea en las formaciones sociales en las que desenvuelve su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social» se admite un derecho de libre autodeterminación en el desenvolvimiento de la personalidad, dentro de los límites de solidaridad considerados”.

Las consecuencias prácticas que derivan de la aceptación de una u otra de estas concepciones –monista o pluralista– deberían ser evidentes.

“Por un lado –se explica–, la protección de la personalidad basada en específicos derechos, explícitamente identificados por la norma, con lo cual se colman las eventuales lagunas del ordenamiento con los medios normales de interpretación extensiva, o recurriendo, si fuera el caso, al criterio de la *analogia iuris*; por otro lado, una protección mucho más incisiva, con seguridad no limitada a explícitas previsiones normativas, las cuales se configurarían únicamente como momentos emergentes de una protección, justamente, más amplia y generalizada. En otras palabras, si por un lado toda injerencia de los terceros sería admitida salvo que exista una prohibición explícita, por el otro lado, ella resultaría ilegítima a menos que existan específicas normas autorizativas”⁶⁵.

A mi juicio, el ordenamiento nacional, donde han terminado cruzándose y superponiéndose las corrientes de opinión descritas, como resultado de importaciones doctrinales y –justo es anotarlo– de la falta de trabajo conjunto entre constitucionalistas y civilistas⁶⁶, presenta un sistema de protección

63 En el plano jurisprudencial italiano, la tendencia continúa siendo oscilante entre la teoría monista y la teoría pluralista, según la no tan antigua reseña de GIACOBBE, Giovanni, “*Natura, contenuto e struttura dei diritti della personalità*”, en *Le persone*, vol. III, *I diritti della personalità*, a su vez en *Il diritto privato nella giurisprudenza a cura di Paolo Cendon*, Utet, Turín, 2000, págs. 29 y sgtes.

64 Corte di Cassazione: sentencia n. 990 del 20 de abril de 1963. Publicada en “Il Foro padano”, vol. 18, 1963, cols. 519-520, con comentario de ONDEI, Emilio, “*Un caso limite della libertà dell’arte*” (*ivi*, cols. 513 y sgtes.); y en “Giustizia civile”, año XIII, 1963, parte I, págs. 1280 y sgtes., con comentario de SGROI, Vittorio, “*Il diritto alla riservatezza di nuovo in Cassazione*” (*ivi*, págs. 1280 y sgtes.).

65 DOGLIOTTI, Massimo, “*Le persone fisiche*”, en *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, vol. 2, 1ª. ed., Utet, Turín, 1982, pág. 55, quien sigue, en este punto, a VERCELLONE, Paolo, voz “*Personalità (diritti della)*”, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. XII, Utet, Turín, 1965, pág. 1084.

De igual parecer es quien objeta que “de la respuesta a [esta] alternativa –que representa uno de los capítulos fundamentales de la doctrina del derecho civil– derivan consecuencias de notable importancia práctica, incluso respecto de la protección de la intimidad, porque si, sobre la base de las normas positivas puede reconstruirse un derecho unitario y orgánico de la personalidad, generalmente encaminado a la protección de los intereses que confluyen en ésta, en cuanto tal, o si –mejor aun– puede identificarse un genérico interés protegido, que comprenda (como *species* en relación con un *genus*) los distintos intereses que en él convergen, será posible, en el ámbito de dicha protección general, comprender aquellas figuras que no formen objeto de expresa previsión normativa, como ocurre, precisamente, en el caso de la intimidad de la propia esfera privada. Por el contrario, si se niega la existencia de un derecho unitario de personalidad, y se afirma que existen varios derechos autónomos respecto de las distintas figuras explícitamente reguladas, es evidente que sería más difícil poder configurar una protección de aquellas otras que no sean objeto de previsión expresa”: ARE, Mario, “*Interesse alla qualificazione e tutela della personalità*”, en *Scritti in onore di Alberto Asquini*, vol. V, Cedam, Padua, 1965, págs. 2169-2170.

66 A partir de la pluralidad de las voces comprendidas en el *right of privacy* estadounidense, pero sin las imprescindibles referencias de la experiencia alemana, MORALES GODO, *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, cit., pág. 143, opina que la casuística demostraría “la necesidad de avanzar en esta idea central de considerar un derecho general de la personalidad teniendo como base la vida privada y la dignidad del ser humano. La transgresión de los derechos de las personas muchas veces son afectados en forma conjunta, y un solo acto puede implicar la transgresión de la vida privada, el honor, la imagen, la voz, etc.”. Por su parte, ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, págs. 120-121, avala la “posición ecléctica” de la legislación nacional, la cual sería de saludar “por cuanto ha alcanzado un justo equilibrio entre ambas actitudes, debido a que la cláusula general

jurídica de la persona que debe considerarse “mixto”.

Para ser precisos, y en primer lugar, tenemos en la Constitución los elementos para crear el derecho general de la personalidad, pues en ella se consagran el respeto a la dignidad de la persona humana como “fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1)⁶⁷, y el derecho al “libre desarrollo” de la persona (artículo 2, núm. 1), y se preceptúa que la enumeración de derechos recogida en su artículo 2 “no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (artículo 3).

En relación con este último punto, la doctrina foránea enseña, justamente, que:

[A]firmar que existe *el* derecho de la personalidad, y no *los* derechos de la personalidad, no es solamente elegir un *modo* (singular en lugar de plural), de consecuencias prácticas sustancialmente irrelevantes: afirmar la existencia de un derecho de la personalidad significa emancipar la protección de la persona de los distintos aspectos de ella que están expresamente regulados, en un determinado momento histórico, por normas específicas, para afirmarla aun más allá de estas previsiones normativas expresas. Significa afirmar que la protección de la persona no está limitada al *numerus clausus* de los denominados derechos de la personalidad, sino que es, digámoslo así, *abierto*, y disponible para acoger también aquellos aspectos de la persona que no están expresamente regulados por las normas, que la propia historia o la costumbre harán emerger progresivamente⁶⁸.

En segundo lugar, contamos también con elementos para construir teóricamente, y de modo directo, múltiples derechos de la personalidad, sea a partir de la Constitución y de la extensa nómina que ella contiene (artículo 2), sea a partir del Código Civil (artículos 5, 14, 15, 16, 18, por ejemplo), cuya influencia italiana⁶⁹, en la regulación del “derecho de personas” (libro I), es inobjetable⁷⁰.

Es menester aclarar, como conclusión de este acápite, que ni la teoría de los derechos de la personalidad ni la teoría del derecho general de la personalidad niegan *a priori* la protección de los nuevos perfiles de la persona que vayan cobrando relevancia con el paso del tiempo. Del honor, que concentraba tradicionalmente la atención de los estudiosos más antiguos, se pasó a la intimidad o vida privada y, ahora, para muchos, a la “*privacy* informática”. Fuera de la dificultad del proceso derivativo, que parece ser mayor si se sigue la teoría pluralista, una elaboración doctrinal es posible, sea cual sea la posición que adopten los intérpretes.

de los derechos de la persona [artículo 3 de la Constitución] cubrirá las eventuales omisiones o defectos de la amplia regulación de los derechos que prescribe, la cual nunca será suficiente, porque no agota la infinita variedad de manifestaciones propias de la conducta humana”.

67 Al respecto, PERLINGIERI, Pietro, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Nápoles, 1972, pág. 303, apunta: “es claro que el interés que subyace al llamado derecho a la intimidad está ligado [...] con el principio constitucional del *respeto* a la persona humana”.

68 FERRI, “*Persona e privacy*”, cit., pág. 111.

69 Basta echar un vistazo al índice de los temas tratados en el volumen de DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit.

70 La influencia de esta doctrina explica, entre otras cosas, por qué el Código Civil contiene una disposición – subestimada por nuestros estudiosos – sobre los derechos del autor y del inventor (artículo 18), sin los cuales no estaría completo el cuadro de la teoría de los derechos de la personalidad. Quien conozca la materia, por lo demás, recordará la importancia de los derechos de autor en los albores germanos de esta teoría, específicamente, en la ya mencionada obra de KOHLER, “*Das Autorrecht*”, cit.

Esta importación doctrinal es atestiguada por el propio ponente del libro I del Código Civil peruano: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Exposición de motivos y comentarios al Libro primero del Código Civil*, en REVOREDO, Delia (compiladora), *Código Civil*, IV, *Exposición de motivos y comentarios*, 3ª. ed., Okura Editores, Lima, 1988, pág. 58, ahora también en *Id.*, *Derecho de las personas*, 9ª. ed., Grijley, Lima, 2004, pág. 19: “Corresponde a la doctrina, y dentro de ella fundamentalmente a la italiana, haber servido de fuente principal para la formulación del Título Segundo sobre el derecho de las personas. Para el efecto se tuvo presente, en importante medida, los más calificados comentarios y críticas contenidos en obras de autores italianos en el curso de los últimos cuarenta años. Ello permitió evitar, dentro de lo posible, algunos errores presentes en el Código Civil italiano y, fundamentalmente, suplir sus vacíos a través de una creativa normatividad que no reconoce, en determinados casos, antecedentes en la legislación comparada”.

§. 4. El papel de la responsabilidad civil en la protección del derecho a la intimidad.

4.1. Premisa sobre el análisis funcional en el derecho civil.

Todas las instituciones jurídicas tienen una razón de ser; todas ellas responden a una exigencia social que es amparada por el ordenamiento, a través, por ejemplo, de la consagración de leyes expresas o de pronunciamientos de la magistratura.

El paso de la idea de “razón de ser” de las instituciones jurídicas a la idea de “función” o “finalidad” de éstas es muy breve. Otro tanto puede anotarse con respecto al realce del perfil económico de las figuras, el cual se produce de manera casi natural. Los contratos son vistos como instrumentos por cuyo medio se produce el intercambio de bienes entre los particulares, el apoderamiento es la vía para proyectar la propia persona en la de otro: el representante, que obra en nombre ajeno y por cuenta ajena, para la realización de diversas operaciones; el negocio testamentario permite perpetuar sobre un patrimonio, mediante la última voluntad, el dominio del testador; y así por el estilo.

Una idea afirmada por igual en experiencias como la alemana y la estadounidense es que la responsabilidad civil desarrolla en lo tocante al respeto de los derechos de la personalidad en general, una prioritaria función “punitiva”⁷¹ o de “refuerzo”⁷² para el respeto de tales situaciones subjetivas.

El enfoque según el cual la responsabilidad civil puede servir, en tanto y en cuanto institución jurídica, al cumplimiento de ciertas metas o fines es característico de la reflexión de los estudiosos desde el siglo pasado.

Esta visión se enmarca en la proliferación de los análisis de tipo “funcional” que desarrollan el estudio de las diversas normas a partir de los “objetivos sociales”⁷³ que se trazan sus artífices.

En tal sentido, y pioneramente, un agudo jurista italiano consideraba que:

“[U]n ejercicio de reconocimiento de la función asignada a la responsabilidad en las distintas hipótesis legislativas es el primer paso para lograr una definición menos vaga que la acostumbrada de «sometimiento (actual o potencial) a una sanción», la cual no logra decir nada sobre los elementos propios de las distintas situaciones, en atención a que se mantiene en el plano de la descripción genérica. De una descripción –advértase– carente de todo valor clasificatorio o sistemático, como sucede todas las veces que se fijan confines inciertos y demasiado amplios a los conceptos ordenadores”⁷⁴.

71 Así, para el derecho alemán: WURMNEST, Wolfgang, “*Il danno non patrimoniale nel diritto tedesco. Origini, sviluppi e prospettive*”, en “*Responsabilità civile e previdenza*”, vol. LXX, 2005, pág. 640: “a diferencia del resarcimiento del daño moral, la reparación consiguiente a la violación de lesiones del derecho general de la personalidad apunta, en particular, a una función satisfactoria a favor de la víctima. *Junto con esta función, la pretensión resarcitoria ha adquirido también un componente punitivo*” (las cursivas son añadidas).

Por su parte, EHMANN, Horst, “*I principi del diritto tedesco in materia di trattamento dei dati personali con riguardo alla direttiva comunitaria del 24 ottobre 1995*”, en “*Contratto e impresa/Europa*”, año III, 1998, pág. 885, expone que con el reconocimiento de hacer valer los daños morales ocasionados por la lesión del “derecho general de la personalidad” (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), conforme al § 847 BGB, “se ha conseguido frenar cierto tipo de prensa, cuyo fin es, en lo sustancial, hacer aumentar el tiraje del periódico, y lesiva de los derechos de la personalidad, en especial, de los personajes famosos”.

72 Así, a la luz de la jurisprudencia estadounidense en materia: LOVE, Jean C., “*Damages: A Remedy for the Violation of Constitutional Rights*”, en “*California Law Review*”, vol. 67, 1979, págs. 1242 y sgtes.

73 De “*social objectives*” hablan, ni más ni menos, POLINSKY, A. Mitchell y Steven SHAVELL, “*Punitive Damages: An Economic Analysis*”, en “*Harvard Law Review*”, vol. 111, 1998, pág. 873 *et passim*.

74 RODOTÀ, Stefano, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1964, pág. 49.

En la doctrina italiana es mayoritaria la afiliación al enfoque “funcional” de la responsabilidad civil, particularmente entre los discípulos de RODOTÀ, como ALPA, Guido, *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, cit., págs. 131 y sgtes.; *Id.*, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, cit., págs. 197 y sgtes.; ROPPO, Vincenzo, *Istituzioni di diritto privato*, Monduzzi, Bolonia, 2001, págs. 494 y sgtes.; y, sobre todo, SALVI, Cesare, “*Il paradosso della responsabilità civile*”, en “*Rivista critica del diritto privato*”, año I, 1983, págs. 123 y sgtes., especialmente, págs. 129 y sgtes.; *Id.*, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Nápoles, 1985, págs. 83 y sgtes.; *Id.*, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, Milán, 1998, págs. 11 y sgtes.

En contra de esta perspectiva: BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Giuffrè, Milán, 1999, págs. 543-544: “La responsabilidad extracontractual no es ni instrumento de punición (concepción ética) ni instrumento técnico de distribución de los daños (concepción tecnística), sino tutela civil contra el ilícito. Su único y general fundamento es la violación del precepto de respeto ajeno (*alterum non laedere*)”. Allí mismo (pág. 543, nota 31) el ilustre autor indica que “debe

La experiencia peruana no ha estado al margen de esta particular aproximación a las instituciones jurídicas, y ha sido en el área del derecho civil, especialmente, donde ella comenzó a difundirse⁷⁵.

La perspectiva funcional es un modo de plantear el estudio del derecho, y una “visión” del derecho, que merece ser tomado muy en cuenta, porque su influencia ha sido grande en la formación de una parte considerable de nuestros juristas. Sólo que el discurso de los funcionalistas de nuestro país se ha limitado, las más de las veces, e inexplicablemente, a la crítica de todos los elementos del discurso analítico –que, en ocasiones, se tilda de “dogmático”– con la ilusa expectativa de allanar, de tal forma, el camino para el entendimiento y la solución de los ajetreos legales diarios. En el mejor de los casos, por otro lado, se incide en el funcionalismo económico, pero se pierde de vista el funcionalismo social.

Fue gracias al análisis económico, con todo, que la perspectiva funcionalista se hizo más latente entre nosotros, y se puso a la orden del día, como un momento reflexivo imprescindible en el enfoque jurídico. Un dato singular que debe destacarse es que, en coincidencia con lo verificado en la experiencia estadounidense –de la que nuestros “iuseconomistas” toman sus fuentes de conocimiento–, fueron los temas de la responsabilidad civil los primeros en suscitar el interés de los especialistas en este método⁷⁶.

El impacto fue tan grande, al comienzo, que se ha generalizado la creencia en que la exposición acerca de las “funciones” de la responsabilidad civil es propia, con carácter exclusivo, del análisis económico del derecho.

Dicha creencia carece de fundamento.

Como se comprueba al consultar la doctrina elaborada a través de las décadas, dentro y fuera del Perú, la perspectiva “funcionalista” es más bien antigua⁷⁷, sólo que en nuestro país se acentúa –no hay cómo negarlo– con el arraigo que cobra el análisis económico del derecho. Con este método, además, el repertorio de las funciones de la protección aquiliana (léase “de las funciones del resarcimiento”) se amplía, y cunden, por ejemplo, las voces inglesas “*compensation*”, “*deterrence*”, etc.

El discurso estándar en torno de las funciones del resarcimiento da la impresión de ser una síntesis de la evolución histórica de la responsabilidad civil⁷⁸, ante la cual la tarea del jurista consiste –como bien se ha escrito– “no sólo en tomar nota de las mutaciones cuantitativas del fenómeno, sino también en identificar sus causas, y suministrar los instrumentos que mejor se adecuen a los cambios cualitativos”⁷⁹.

rechazarse la idea de la pluralidad de funciones de la responsabilidad civil, sea entendida en el sentido de que el resarcimiento tendría distintas finalidades, sea en el sentido de que a formas diversas de responsabilidad les corresponderían fundamentos distintos”.

75 Fue el campo de los derechos reales, en efecto, el primero en someterse a la lupa de los investigadores “funcionalistas” nacionales. Aquí viene al caso recordar algún estudio sobre el derecho de propiedad, de fines del decenio 1970-1980 y, más recientemente, los trabajos de los cultores locales del análisis económico del derecho: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*La transformación del derecho de propiedad*”, en “Derecho”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 33, 1978, págs. 75 y sgtes.; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “*La relación jurídico patrimonial: reales vs. obligaciones*”, 1ª. ed. (1990), 1ª. reimpresión, ARA Editores, Lima, 1991, págs. 223 y sgtes.; Id., “*Causalidad probabilística. El problema de los costos administrativos en el diseño de un sistema de responsabilidad civil extracontractual*”, en “Ius et Veritas”, año II, núm. 3, 1991, págs. 3 y sgtes.

76 Ejemplos de análisis funcionales de la responsabilidad civil los tenemos en las obras de DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*De la responsabilidad no derivada de acto jurídico*”, en *Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil*, vol. II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, págs. 370 y sgtes.; Id., *La responsabilidad extracontractual*, t. I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, págs. 43 y sgtes.; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “*Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law)*”, en AA. VV., *Estudios sobre la responsabilidad civil*, selección y trad. de Leysser L. León, ARA Editores, Lima, 2001, págs. 229 y sgtes.; Id., *Comentario sub art. 1969*, en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. X, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, págs. 56 y sgtes.; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “*El sistema de responsabilidad extracontractual*”, en Id., *Derecho y economía*, cit., págs. 499 y sgtes.; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 4ª. ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2006, págs. 52 y sgtes. Permítaseme remitir, igualmente, a LEÓN, *La responsabilidad civil*, cit., págs. 84 y sgtes.

77 Puede recordarse, por la difusión entre nosotros de su versión en castellano, el ensayo de COHEN, Felix S., “*Transcendental Nonsense and the Functional Approach*”, en “Columbia Law Review”, vol. XXXV, 1935, págs. 809 y sgtes., especialmente, págs. 821 y sgtes. Del mismo autor: “*The Problems of a Functional Jurisprudence*”, en “Modern Law Review”, 1937, págs. 5 y sgtes.

78 Al respecto, véase: FRANZONI, Massimo, “*La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones*”, en AA.VV., *Estudios sobre la responsabilidad civil*, cit., págs. 191 y sgtes.

79 ALPA, Guido y Mario BESSONE, *I fatti illeciti*, en *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, vol. 14, Utet, Turin, 1982,

4.2. Las funciones de la responsabilidad civil: reparación, prevención, sanción y distribución.

Desde la perspectiva funcional se sostiene, pues, que el resarcimiento cumple funciones de *reparación* (o de *reintegración*), porque aspira a “reconstruir, para el damnificado, la situación preexistente a la producción del efecto dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de naturaleza económica que lo compensen por la pérdida sufrida, y que eliminen la situación desfavorable creada por el ilícito (daño)”⁸⁰; de *prevención*, “en el sentido de que la previsión del deber de resarcir el daño ocasionado induce a la persona a desarrollar su propia actividad con la adopción, cuando menos, de las medidas que normalmente son idóneas para impedir la producción de eventos dañosos para otros”⁸¹; de *punición*, en el sentido de que la imposición de la responsabilidad representa una suerte de sanción contra el agente del evento dañoso; y de *distribución*, porque la “regulación hace que el daño recaiga en algunas personas que son capaces de soportarlo en virtud de la actividad desarrollada (empresarial) y de la consiguiente posibilidad que tienen para redistribuir entre otros (consumidores) el daño resarcido”⁸².

Analizaré cada una de estas funciones, no sin advertir que se les debe considerar “atendiendo al papel que cumplen en las diferentes fases del juicio. Sólo de tal forma parece ser posible evitar elencos indiscriminados, o la elección de privilegiar una de ellas, como si fuera propia de todo el modelo normativo”⁸³.

Con la *reparación* o *reintegración*, las reglas de la responsabilidad civil cumplen el fin que, desde cierto punto de vista, da sentido a esta institución. Si es cierto, como lo es, que la expresión “responsabilidad” envuelve, en sí misma, la idea de la recuperación de un equilibrio roto, de un “restablecimiento”, del volver a hacer prístina una situación preexistente alterada en sentido negativo por el daño, resulta perfectamente entendible que la admisión del remedio resarcitorio, al cual se recurre desde tiempos inmemorables, aspire a “volver las cosas al estado anterior” al evento dañoso.

Esta función *reparadora* ha ganado, poco a poco, el protagonismo absoluto en el campo de la responsabilidad civil, a tal punto que se ha afirmado que “toda la temática del daño a la persona”, por ejemplo, gira en torno de ella⁸⁴. Y es que, entre otras ideas venidas de Europa, e insertas en la doctrina de nuestro continente, se encuentra aquélla de la “íntegra reparación de los daños”, un enfoque que surge del imperativo moral y social de ver efectivamente “resarcidos” a los damnificados, pero que, en los hechos, ha dado pie a que el juicio de responsabilidad civil termine sirviendo para la generación de desigualdades difíciles de comprender y de admitir, si se toma en cuenta de que aquí se discute de la aplicación de normas jurídicas, o sea, de reglas fijadas para asegurar la convivencia social.

La “íntegra reparación de los daños” ha ocasionado, así mismo, que cobre mayor difusión la incorrecta locución “derecho de daños”, como falaz equivalente de “responsabilidad civil”. Quienes hacen suya esta fórmula promueven, irreflexivamente, la creación de más y más “voces” de daño, a fin de que sean tomadas en cuenta por los jueces al momento de liquidar el resarcimiento. Con ello, las cantidades a abonar a las víctimas tienden a incrementarse, a fuerza de verdaderos despliegues de la imaginación jurídica⁸⁵.

pág. 45.

80 CORSARO, Luigi, voz “*Responsabilità civile* I) *Diritto civile*”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, pág. 2 (de la separata).

Téngase presente que en ordenamientos como el italiano se reconoce, además, la ya mencionada reintegración “en forma específica” a requerimiento del damnificado (con el solo límite del caso en que dicha reintegración resulta excesivamente onerosa para el dañador).

81 *Ibid.*, loc. cit.

82 *Ibid.*, pág. 3.

83 SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., pág. 85.

84 MONATERI, Pier Giuseppe, “*Le funzioni del risarcimento*”, en *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, a su vez en *Il diritto civile nella giurisprudenza, a cura di Paolo Cendon*, Utet, Turín, 2005, pág. 169. Como es general en el derecho italiano, el autor citado utiliza la voz “*danno alla persona*” como equivalente de “daño a la salud” o “a la integridad física”.

85 Ejemplos de estas voces de “daño” son el “*danno esistenziale*”, aparecido en Italia a comienzos del decenio 1990-2000. Mis críticas a esta figura aparecen en: LEÓN, “*El daño existencial. ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la mode italiana en el campo de la responsabilidad civil?*”, en “*Ius et Veritas*”, año XI, núm. 22, Lima, 2001, págs. 36 y sgtes., ahora en *Id.*, *La responsabilidad civil*, cit., págs. 103 y sgtes.

Hay que considerar, así mismo, que a la “imposibilidad de agotar la explicación funcional de la responsabilidad civil en la reparación del daño”, y a las “perplejidades suscitadas por explicaciones centradas en torno de la eficiencia económica” se atribuye, justamente, la “renovada atención hacia aspectos que hoy parecían definitivamente superados por la evolución del derecho moderno (como los de la punición y el de «hacer justicia»), la reconsideración del significado de otros aspectos (como el preventivo), y la insistencia en nuevos aspectos (como el del control social)”⁸⁶.

A la idea que renuncia a todo y que establece jerarquías entre las funciones de la responsabilidad civil, en aras de la “íntegra reparación” de las víctimas, se debe, por ejemplo, el llamado “daño al proyecto de vida”⁸⁷, figura de creación doctrinal con la que se genera el riesgo de fenómenos de plusresarcimiento (*overcompensation*) que, de ninguna forma, serían controlables en escenarios y contextos como el peruano⁸⁸.

Atento a estas peculiaridades del contexto legislativo y jurisprudencial nacional, un autor ha propuesto, convincentemente, una justificación de la prioridad de la función *compensatoria* del resarcimiento. Para ello, se sirve del “principio solidarístico” desarrollado por la doctrina italiana⁸⁹, y sostiene:

“[D]esde un punto de vista ‘micro-económico’ o ‘diádico’, la función esencial del sistema de responsabilidad civil es la reparación del daño [...]; empero, no es menos cierto que esta función, basada en un principio solidarístico, se entiende subordinada a la función ‘sistémica’ de la responsabilidad civil, de incentivación o desincentivación de actividades, que también reposa en el principio solidarístico de la responsabilidad civil, pero visto desde la óptica sistémica. Esto es que, si bien hoy, a diferencia de la perspectiva ‘ochocentista’ de la responsabilidad civil, la pregunta a realizarse no es ya más si hay una buena razón para que el autor del daño deba responder, sino más bien, si puede encontrarse una razón para negar el derecho de la víctima al resarcimiento, esta visión solidarística de la responsabilidad estará siempre subordinada a la necesidad de incentivar o no el desarrollo de una actividad”⁹⁰.

En cuanto a la función *preventiva*, se entiende que la imposición jurídica de una carga resarcitoria, a consecuencia de una contravención, tendrá un efecto en la futura manera de comportarse de las personas. Se supone que la previsión normativa de una “regla de responsabilidad” operará en los ciudadanos como una advertencia, que los disuadirá de incurrir en el comportamiento sancionado con el resarcimiento.

“Si se pretende –apunta un autor– que la responsabilidad civil opere como instrumento eficiente desde el punto de vista individual y social, es menester que la función compensatoria vaya de la mano con otra: la función preventiva. En vez de limitarse a intervenir luego de que el daño ha tenido lugar, para redistribuir su peso entre el damnificado y el responsable, aquí el objetivo es *intervenir antes de que los daños se produzcan, a fin de impedir que se realicen, o por lo menos de reducir su número*. El resultado –ventajoso para la sociedad, y no sólo para los particulares– será evitar o limitar, en todo caso, la destrucción de riqueza. La responsabilidad civil realiza este objetivo con [...] *la eficacia desincentivadora de la amenaza del resarcimiento*: una consecuencia que atemoriza, porque a nadie le gusta desembolsar dinero”⁹¹.

Habrà que asociar con la función preventiva, sin duda, muchas de las “leyes de la sociedad de la información” –si cabe el término– que se han promulgado en el Perú en los últimos años. Sólo que éstas

86 SALVI, *La responsabilità civile*, cit., págs. 19-20.

87 Figura cuya inadmisibilidad e inconveniencia he querido demostrar en LEÓN, *La responsabilidad civil*, cit., págs. 290 y sgtes.

88 Tal cual lo subraya CORSARO, *Prólogo a LEÓN, op. ult. cit.*, pág. VII.

89 En relación con este “principio”, que se funda en los preceptos de la Constitución republicana italiana de 1948, cito lo señalado por BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato; y Ugo NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Utet, Turín, 1989, pág. 674: “La crisis de la concepción tradicional [de la responsabilidad por hecho ilícito] se caracteriza por un progresivo desplazamiento de la atención, desde la posición del dañador hacia la del damnificado. Se hace primaria la exigencia de aliviar a este último del peso del daño injustamente causado, para transferirlo a quien, por ley, debe asumir la responsabilidad (no necesariamente en atención a su culpa), o –cuando la ley lo imponga– para repartirlo en el ámbito de una colectividad en mayor o menor medida extensa, según criterios de solidaridad social inspiradores del funcionamiento de los mecanismos de seguros obligatorios”.

90 FERNÁNDEZ CRUZ, *Comentario sub art. 1969*, cit., págs. 53-54.

91 ROPPO, *op. cit.*, pág. 495.

contienen, a lo sumo, reenvíos a las reglas comunes de la responsabilidad o prevén compensaciones irrisorias que no podrían, desde ninguna óptica, considerarse “disuasivas”.

Ello viene ocurriendo, por ejemplo, con la reciente legislación peruana que reprime el *spamming*. Con un inocuo esquema de sanciones como el previsto en la Ley N°. 28493 “que regula el uso del correo comercial no solicitado”, nadie puede esperar que lleguen a crearse en los *spammers* incentivos para dejar de practicar, o para no emprender, sus actividades, en el supuesto de los recién entrados en dicho mundo.

La mejor demostración de esta nula función *preventiva* es que a los pocos días de la entrada en vigor de la Ley N°. 28493, el número de los mensajes con *spam* dio la impresión de incrementarse. Circulaban, inclusive, mensajes en los que se ofrecía en venta, para fines publicitarios, CD-ROMs con “listas” de direcciones de correo electrónico⁹². Aunque el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la norma no permite todavía emitir un juicio ponderado sobre su trascendencia, es bien probable que la situación actual se mantenga, o degenere aun más. Si esto sucede, no se podrá dudar del fracaso de tal normativa, que, en el momento de su emisión fue saludada por muchos, debido a su pretensión de “modernizar” nuestro ordenamiento jurídico.

Fuera de este singular fenómeno que se verifica en el Perú, el valor “preventivo” de la responsabilidad civil como institución jurídica aparece con nitidez en documentos internacionales de trabajo de la Comunidad Europea, como el Libro Verde “sobre la información del sector público en la sociedad de la información”:

“La claridad en lo que se refiere a los problemas de la responsabilidad puede tener efectos positivos en el acceso a la información del sector público y su comercialización. De hecho, la responsabilidad puede ser una razón para que el sector público *lleve a cabo una política de información prudente*. Si el ente público proporciona directamente información a un solicitante, deberá, en principio, responsabilizarse [...] de cualquier daño que se cause al ciudadano afectado”⁹³.

Creo que puede convenirse en que la función *punitiva* o *sancionadora* tiene un valor *simbólico* y un valor *efectivo*. Por el primero, la imputación de responsabilidad “civil” nos recordaría la antigua hermandad de esta institución con la responsabilidad “penal” y, más aun, con la época en la que los pleitos se zanjaban infligiendo al infractor el mismo entuerto que éste había cometido. En cierto momento histórico, la convivencia social en paz y armonía pasó a ser considerada como lo primario, y a ubicarse, en tanto y en cuanto valor, por encima de todo. El derecho, a su vez, se convirtió en un instrumento al servicio de la preservación de dicho orden. El aparato jurídico se dispondrá, entonces, para la aplicación de las sanciones que se tengan por convenientes, y éste es el valor “efectivo” de la responsabilidad civil en su aspecto sancionador. Por su parte, la responsabilidad “penal” hará lo que le es propio, privando de su libertad, eventualmente, al agente del ilícito; mientras tanto, la represión “civil” afectará su economía, en principio, en la misma medida de los daños generados.

Comúnmente, la función *punitiva* del resarcimiento se considera fuera de contexto en nuestros días⁹⁴. Se entiende que no se viven más aquellos tiempos en los cuales la responsabilidad civil y la responsabilidad penal se mantenían inseparables, de modo que la ligazón de este remedio del derecho privado con las sanciones penales resultaría anacrónica. A esta consideración ha contribuido, igualmente, la deducción de las demás funciones del resarcimiento, que han colocado en segundo o tercer orden de importancia aspectos de la responsabilidad civil como, ni más ni menos, el punitivo.

92 Uno de estos mensajes decía lo siguiente: “Venta a través del medio más eficaz del momento: ‘Publicidad por correo electrónico’ y obtenga respuesta inmediata a sus solicitudes de venta. Ya muchas empresas y personas naturales se están dando cuenta del gran alcance y nivel de respuesta que tiene la publicidad por Internet. Los peruanos ya nos estamos acostumbrando a realizar muchas transacciones y a cerrar negocios a través de este medio, que ha revolucionado el mundo. No pierda la oportunidad de comenzar a repuntar sus ventas y cerrar el año con gran éxito”. A continuación, se ofrecía, al precio de US\$ 120,00 el servicio de “envíos masivos y efectivos” a 250,000 direcciones peruanas de correo electrónico (!!).

93 COMISIÓN EUROPEA, *La información del sector público: un recurso clave para Europa. Libro Verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información*, COM (1998) 585, págs. 20-21 de la versión en castellano. En: <http://www.europa.eu.int>.

94 Según se escribe, un rasgo esencial del proceso de transformación de la responsabilidad durante el siglo XX ha sido “el paso del esquema clásico, en el cual el resarcimiento es sanción de un comportamiento prohibido, hacia un modelo que coloca en el centro de la institución al hecho dañoso y a la función reparatoria”: SALVI, *La responsabilità civile*, cit., pág. 11.

En cuanto, finalmente, a la función *distributiva* del resarcimiento, hay que señalar que en ella vuelve a entrar en escena la raíz etimológica de la responsabilidad. Atendiendo a que el remedio del resarcimiento busca recrear, en lo posible, el equilibrio de las situaciones alteradas con el evento dañoso, se deducirá, por fuerza, una nueva alteración, con la cual se subsanará el estado de desequilibrio generado. La vía para conseguir este objetivo es la imposición del pago de una suma de dinero o, en otras experiencias, de la reparación *in natura*; imposición que incidirá, ineluctablemente, en la situación del afectado con dicha carga. Para anotarlo con otras palabras: habrá un sujeto cuyo patrimonio decrecerá con la ejecución del resarcimiento. Este “empobrecimiento” no coincidirá, necesariamente, con un enriquecimiento de la parte beneficiada, porque ésta, en un primer momento, vivió a su vez una situación de menoscabo.

El “empobrecimiento” de alguien es una consecuencia, en definitiva, de la aplicación del remedio resarcitorio, y es en lo que deviene el juicio de responsabilidad civil, que puede, por lo tanto, representar un medio idóneo para “programar” y “ordenar” las actividades humanas. Este es, quizás, el aspecto más importante de la responsabilidad civil en lo que atañe a su función *distributiva*. Con las reglas jurídicas que contemplan el resarcimiento puede ponerse de manifiesto la intención del legislador de hacerlas recaer en aquel que está en mejores condiciones para afrontarlas.

El supuesto de la responsabilidad civil de las empresas –las del rubro fabril, principalmente– es ejemplar en este último sentido.

Cabe suponer, en efecto, que los titulares de las fábricas son los que se encuentran en mejores condiciones para hacer frente, en términos económicos, a las consecuencias dañosas de su actividad, si se les compara con los ciudadanos ordinarios, al margen de la actividad o, en todo caso, beneficiarios de éstas nada más que como consumidores. Como la previsión de una regla de responsabilidad civil –en una ley especial, por ejemplo– es importante en la programación de la actividad a desarrollar, el empresario es quien decide sobre lo conveniente de procurarse una póliza de seguros o, en las hipótesis menos prósperas, quien determina las ventajas y desventajas de abandonar, así de simple, la actividad.

En caso de que la actividad riesgosa o peligrosa se desenvuelva de todas maneras, la cobertura del seguro contratado para garantizar las consecuencias dañosas de su realización significará un costo para la empresa⁹⁵. Y dicho costo, previsiblemente, terminará formando parte del bien que se colocará en el mercado. Así, el costo económico se desplazará, con la intermediación de la responsabilidad civil, siempre de manera hipotética, de la víctima hacia el eventual agente dañoso, y de éste, ya fuera de la aplicación de la institución examinada, al precio del producto o servicio.

Está en lo cierto, entonces, quien sostiene que con la responsabilidad civil:

“[S]e cumple una operación innatural y socialmente muy costosa, pues se decide transferir los daños sufridos por la víctima, de ésta a otro sujeto, mediante los mecanismos institucionales de los tribunales de justicia y del proceso civil. Previamente a esta elección, por lo tanto, deben presentarse las decisiones institucionales (que, por lo general, no son adoptadas por el legislador, sino por la comunidad de los intérpretes) que sean socialmente justificables”⁹⁶.

Estas expresiones son coherentes con una afirmación ulterior:

“[E]l problema de la responsabilidad civil se propone ahora [...] como problema de *organizar*, a través del derecho privado, una *coordinación de las actividades* que, en modo alguno, se pretende *prohibir*. Dicho problema se hace manifiesto en la elección del *sujeto* que *debe soportar un determinado costo*, provocado por tales actividades. Así pues, la *principal*, aunque no única, *función* de la responsabilidad civil es la *organizativa*: producir una coordinación satisfactoria de las acciones sociales, basada, no en una serie de mandatos centrales, sino en una serie de decisiones descentralizadas de varios agentes. Es seguro, entonces, que las reglas de responsabilidad civil tienen *efectos redistributivos*. Ellas actúan como la imposición de una tasa sobre determinadas actividades, e implican eventuales costos que pueden ser

95 Aquí, como es evidente, concurre también la función “resarcitoria”. Para MONATERI, *op. cit.*, pág. 167, la afirmación de que “la responsabilidad civil es un mecanismo social para la traslación de los costos” parece ser una consecuencia de la primera función de esta institución, a saber, la de “determinar cuándo una compensación se reputa necesaria”.

96 MONATERI, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Utet, Turín, 1998, pág. 20; ahora también en ID., “*Le funzioni del risarcimento*”, cit., pág. 168.

trasladados desde los dañadores potenciales, a través del mercado o por otras vías, hacia sujetos diversos. Las reglas de la responsabilidad civil *distribuyen* entre determinados sujetos el costo de sus actividades, y de esta manera *regulan* o, mejor aun, *inducen* a una regulación *espontánea* de éstas⁹⁷.

4.3. Actividad periodística y responsabilidad civil.

Del sencillo razonamiento final del acápite precedente no escapa la actividad periodística, entendida como una que obedece a las leyes de la productividad.

Un famoso escritor irlandés intuyó, ya en el siglo XIX, que:

“[E]l público tiene una curiosidad insaciable por saberlo todo, excepto lo que vale la pena saber. *El periodismo, consciente de ello, y con costumbres mercantilistas, responde a las demandas.* [...] Y lo que agrava el mal es que los periodistas más censurables no son los periodistas festivos que escriben para esa prensa dedicada a las llamadas notas de sociedad. No, los más nocivos son los periodistas serios, reflexivos y ponderados, que muestran, solemnemente, como sucede hoy, a los ojos del público, algún incidente de la vida privada de un gran político, de un hombre que es, al mismo tiempo, un jefe de la doctrina política, un creador de fuerzas políticas, e invitan al público a discutir el asunto, a dar su opinión, y no sólo a darla, sino a ponerla en acción, imponiendo sus ideas a ese hombre, a su partido y a su país; es decir, a hacer el ridículo, a ponerse ofensivos y a hacer daño⁹⁸.”

Fuera de la censura al “amarillaje”, estas impresiones no difieren de otras que se han formulado, hace ya mucho tiempo, en el campo jurídico:

“Todas las empresas editoriales –observaba, por ejemplo, un autor– se proponen, no sólo participar en la formación de la opinión pública en el Estado democrático; ellas tienden también, como empresas sujetas a las leyes de la economía, a generar utilidades. A través de noticias sensacionalistas, destinadas al gusto y a la sensibilidad de un público menos elevado (chismes, sexo, crímenes), siempre se intenta arribar al consumidor. Incluso el periódico más serio se adecuará, por lo menos hasta cierto punto, a las expectativas de sus propios lectores⁹⁹.”

También en nuestra realidad se ha destacado, inobjetablemente, que hay medios de comunicación que “han establecido columnas, carátulas y programas que propagan noticias relativas a la intimidad de ciertas personas notorias en la sociedad, con una finalidad fundamentalmente crematística: el lucro a costa de violentar el derecho a la intimidad ajena¹⁰⁰.”

Sería difícil negar, pues, que los medios de comunicación de masa realizan de manera constante análisis costo-beneficio, cuando deciden invertir en la búsqueda de las noticias que les generarán el mayor ingreso posible (por publicidad de auspiciadores, por ejemplo). Este mismo análisis se repite al momento de decidir la propalación de la noticia ya obtenida.

Las noticias, entonces, permiten poner a prueba los argumentos a favor y en contra de la llamada “*commodification*” de la información¹⁰¹, o sea, a la transformación de la información –incluso la de carácter personal– en un bien “intercambiable”.

97 MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., pág. 22.

98 WILDE, Oscar, “*The Soul of a Man Under Socialism*”, en Id., *Collected Works of Oscar Wilde*, Wordsworth Editions, Ware (Herdfordshire), 1997, pág. 1057. Aquí reproduzco, con mis propias integraciones, la versión en castellano de Julio Gómez de la Serna, en WILDE, Oscar, *Obras completas*, 8ª. ed., Aguilar, Madrid, 1963, págs. 1304-1305.

He encontrado esta culta y atinada referencia a las impresiones de Wilde, escritas luego de su famoso viaje a Estados Unidos, en el ensayo de FERRI, “*Privacy, libertà di stampa e dintorni*”, cit., págs. 160-161.

99 HEINITZ, Ernst, “*Libertà di stampa e diritto alla personalità*”, en “*Jus*”, año XVIII, 1967, pág. 295.

100 RUBIO CORREA, “*Prólogo*”, cit., págs. 11-12.

101 A esta “*commodification*” se debería, según las consideraciones de ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, “*Libertà di stampa o libertà della stampa?*”, en *Informazione, potere, libertà*, al cuidado de Michele Ainis, Giappichelli, Turín, 2005, pág. 90, que la información se someta a un régimen jurídico, cuyos puntos de referencia se encuentran en la regulación de los productos, la cual se adapta a la inmaterialidad del bien. El fenómeno es particularmente evidente en los casos de «información del consumidor» y de «información al mercado», donde el contenido de la comunicación, su ubicación, dimensión y hasta sus aspectos gráficos están rigurosamente y minuciosamente regulados”.

“Encontrar” la noticias o “crearlas”, tiene, como es evidente, un costo. El dueño de un periódico, por ejemplo, es sin duda un “empresario”, y por ello invierte para dotarse de un equipo de periodistas que le suministrarán “información” monetizable. El “valor” de la noticia (veracidad, seriedad, proveniencia de fuentes fidedignas, etc.) es tal que marca el andar de la competencia. Quien está interesado en conocer ampliamente un acaecimiento adquirirá el periódico que brinde la mejor cobertura al respecto.

“El periodista –como afirma uno de nuestros autores– tratará de guardar la información obtenida como «privada», a fin de apropiarse del valor otorgado a la «primicia». Esto le permite obtener un valor por dicha información, que de ser pública no permitiría la apropiación de dicho valor”¹⁰².

Ante tal fenómeno, la conclusión que parece inevitable es que se debe reconocer a los medios un derecho de “propiedad” sobre las noticias que propalan. Existen, de hecho, “agencias de noticias”, nacionales e internacionales, que ponen en circulación su versión de las informaciones, a cambio de contraprestaciones dinerarias. ¿No se ven todos los días, por otro lado, reportajes exclusivos sobre matrimonios o reuniones sociales de personajes que gozan de notoriedad, que han «cedido» los derechos para la propalación de un aspecto que, para el común de los individuos, pertenece a la esfera privada?

A pesar de la evidencia, un bando de opinión en la doctrina indicará que si bien las noticias “se compran y se venden”, ello “no basta para que sea lícito incluirlas *tout court* entre los bienes jurídicos”¹⁰³. La noticia y la información “no pueden calificarse como bienes en sentido jurídico porque, consideradas en cuanto tales, no constituyen objeto de intereses jurídicamente relevantes ni, por lo tanto, punto de referencia objetivo de situaciones jurídicas subjetivas. Es del todo cierto que en el lenguaje periodístico común se habla de adquisición y de venta de noticias, pero el *bien* jurídico que se halla en la base de los intereses regulados en tales contrataciones no parece ser la noticia, sino el *valor económico* de la exclusividad de su utilización”¹⁰⁴.

Si, como generalmente se admite, la información es también un factor de desarrollo económico, y no sólo algo que puede “monetizarse” que ha cobrado, de un tiempo a esta parte, un enorme valor, es natural que exista un sector de la sociedad interesado en obtenerla, comercializarla y sacarle el máximo provecho.

La consideración del aspecto económico de este último sector:

“[P]ermite prestar atención al resultado de la actividad realizada, entendido, no más (o, por mejor decir, no sólo) como expresión de la manifestación del pensamiento, sino como bien ofrecido al consumo de los destinatarios. En el momento en que se reconoce que todo medio de comunicación de masa es un vehículo a través del cual se realiza el ejercicio de la libertad [de información], pero constituye, a la vez, una compleja organización empresarial, dirigida al fin de colocar en el mercado un producto (en la acepción lata de este término), se cambia necesariamente el punto de vista, y nos vemos inducidos, así, a considerar la posición del sujeto hacia el cual se orienta la actividad de empresa”¹⁰⁵.

Debe insistirse y dejarse en claro, pues, que la actividad periodística bien puede tener naturaleza empresarial, en tanto “vende un producto, obedece a las leyes de la máxima productividad (satisfaciendo –y, es más, creando– las «necesidades» de los consumidores)”¹⁰⁶.

Esta habilidad o capacidad de vislumbrar lo que es valioso, donde la mayoría no lo hace, es “premiada” con el reconocimiento de la legitimidad de los ingresos que se obtienen en dicha actividad. Empero, atendiendo a que esa información-bien económico puede tener que ver con personas, éstas, que no se ponen en acción por sí mismas para utilizar beneficiosamente la información, no han de quedar desamparadas. Surgirá, por el contrario, el problema de establecer límites a la libertad de acopio

102 BULLARD GONZÁLEZ, “*No se lo digas a nadie*”, cit., pág. 173.

103 MESSINETTI, Davide, “*Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*”, en “*Rivista critica del diritto privato*”, año XVI, 1998, pág. 347.

104 FERRI, Giovanni Battista, “*Diritto all’informazione e diritto all’oblio*”, en “*Rivista di diritto civile*”, año XXXVI, 1990, parte I, pág. 803. El autor confirma sus impresiones en lo., “*Privacy, libertà di stampa e dintorni*”, cit., pág. 149.

105 CUFFARO, *op. cit.*, pág. 101.

106 PARDOLESI, Roberto, “*Riservatezza: problemi e prospettive*”, en *Responsabilità civile. Corso di diritto civile per problemi e casi. Svolto nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Bari dal Prof. Michele Spinelli*, vol. II, Editrice Adriatica, Bari, s.f. (pero de 1974), pág. 346.

o distribución de informaciones con tales características, porque la iniciativa económica privada se ubica en un orden de jerarquía inferior al de los derechos individuales constitucionalmente consagrados, según puede deducirse del artículo 59 de nuestra Constitución:

“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. *El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad públicas*”.

En tal sentido, se ha afirmado:

“[L]a posibilidad de transformar en mercadería la información, que deviene objeto de producción, de intercambio y de consumo en el sector cuaternario, gracias a los instrumentos de comunicación de masa (una empresa de televisión puede adquirir en exclusiva una noticia, manipularla o revenderla), ha dado lugar, desde las primeras manifestaciones de la nueva posibilidad de difusión de los periódicos con gran tiraje, a la afirmación de un derecho negativo de libertad: el derecho a la intimidad, o a la intimidad de la vida privada (*privacy*). Este consiste en el derecho de la persona a mantener intangible su esfera de vida íntima, en una sociedad como la tecnológica, donde todo se ha convertido en objeto de información”¹⁰⁷.

Ni siquiera la necesidad de promover la libre circulación de informaciones, ni la de auspiciar niveles de transparencia para el mercado correspondiente, que son resultado de su admisión como elemento clave del desarrollo económico, puede superar el límite que se señala.

En nuestra experiencia local, se han presentado algunos casos representativos que acreditan estas reflexiones.

Puede recordarse, por ejemplo, el caso “Cromwell Gálvez”, que dio mucho que hablar entre la teleaudiencia peruana. Un empleado bancario “desviaba”, a favor de bailarinas y de mujeres de la mala vida, y a cambio de “contraprestaciones” carnales, enormes sumas de la institución financiera para la que prestaba servicios. El sujeto en mención tenía la costumbre de filmar vídeos de sus encuentros amorosos con las beneficiarias de sus favores, no se sabe si por vicio o como una forma de asegurar su silencio en caso de que ellas revelaran el origen de los ilícitos desplazamientos monetarios que él les concedía.

Lo que sucedió fue que a más de un programa de televisión llegaron copias de uno de los vídeos grabados por Gálvez. Varios conductores de tales programas salieron a las pantallas a anunciar que disponían de las imágenes, pero que no iban a propalarlas. Sólo uno de ellos, movido, con seguridad, por la necesidad de satisfacer las expectativas de *rating* de sus empleadores y anunciantes, difundió el contenido de uno de aquellos vídeos. Los hechos dieron lugar a diversos procesos penales, iniciados por las mujeres que aparecía en las picantes escenas, contra el osado conductor del programa en que estas fueron difundidas.

Otro tanto ocurrió en el caso “Laura Huarca”, cuando las fotografías íntimas de la mencionada *show girl* fueron puestas en circulación por la misma persona que las había tomado: su despechado ex novio y padre del hijo de ambos. Según se supo, las fotografías captaban contactos sexuales explícitos de la pareja. Luego de un intento de chantaje contra la víctima –un tercero le pidió dinero para no entregar las fotografías a los medios de comunicación–, diversos programas se procuraron aquella “mercancía”. Curiosamente, en ninguno de los medios se accedió a difundir las imágenes, y fue por esta coincidencia de actitudes, tal vez, que se frustró el chantaje, y se develó el crimen detrás de los acontecimientos.

La pregunta que surge en casos como los antes recordados es si los medios de comunicación se niegan a difundir imágenes, de contenido ciertamente incómodo y atentatorio contra la intimidad de las personas, por temor a las reglas jurídicas que les serían aplicables (la responsabilidad, en otras palabras) o por convicción sobre lo que es moralmente correcto.

A inicios del decenio 1960-1970, un autor italiano, convencido de la primera de tales opciones, señaló que la cláusula normativa general de responsabilidad civil (el artículo 2043 del Código Civil italiano; los artículos 1969 y 1970 del Código Civil peruano) actuaba como “límite de interferencia en la esfera privada de los sujetos”. Ello comportaba que “toda injerencia en la esfera privada ajena que

107 FROSINI, Vittorio, “*I diritti umani nella società tecnologica*”, en “*Rivista trimestrale di diritto pubblico*”, año XXXI, 1981, pág. 1163.

realice los exactos términos de la *fattispecie* normativa [en cuestión] constituye un ilícito y, como tal, es reprimida por el ordenamiento jurídico”¹⁰⁸.

En lo que atañe a la “convicción sobre lo que es moralmente correcto”, lo que se aprende de las experiencias jurídicas extranjeras es la fundamental importancia que cobran en el juicio de responsabilidad civil, para efectos de la determinación del monto resarcitorio, factores como la gravedad de los hechos, así como la naturaleza del medio empleado.

Aunque difiere de la protección jurídica de la intimidad, la tutela del honor a través de la responsabilidad civil ha dado lugar a ejemplificadores pronunciamientos en otros países.

La Corte di Cassazione italiana, por ejemplo, en su sentencia n. 9892, del 19 de septiembre de 1995, estableció, en un caso de responsabilidad civil por la publicación de noticias difamatorias en un periódico, la siguiente máxima jurisprudencial:

“[E]l daño no patrimonial derivado de la difamación a través de la prensa se determina sobre la base del criterio de la gravedad del hecho, considerada, sea en su aspecto objetivo (gravedad de la acusación realizada), sea en su aspecto subjetivo (personalidad del sujeto agraviado e incidencia de la acusación sobre éste, y también sobre la base del criterio de la naturaleza y difusión del medio de información”¹⁰⁹.

En otro caso, de responsabilidad civil por insultos pronunciados en un programa de televisión, el Tribunale di Roma, en sentencia del 30 de septiembre de 1995, estableció:

“[L]os parámetros para determinar la dimensión del daño derivado de difamación a través de un programa televisivo consisten en la difusión relevante de las expresiones, en la conocida capacidad de penetración del medio televisivo, en la particular eficacia lesiva de las expresiones [...], en la reiteración o no del mensaje difamatorio en el transcurso de la misma transmisión, en la notoriedad de los personajes involucrados y en el consiguiente eco que el episodio ha tenido, presumiblemente, en otros órganos de información, en la puesta en onda posterior del programa en otro horario”¹¹⁰.

Finalmente, en un caso más reciente, la presentadora de televisión Ela Weber demandó a un periódico italiano difundido a través de la Internet, y al director de éste, por haber publicado un artículo acompañado de supuestas fotos de la susodicha, posando desnuda y abrazada a otra modelo, en actitud lésbica. La *showgirl* acreditó en juicio que las fotos no reproducían su imagen, sino la de otra persona. Verificada la lesión de la reputación de la agraviada, los denunciados fueron condenados por el Tribunale di Roma, en fallo del 6 de septiembre de 2005¹¹¹, a pagar, solidariamente, un resarcimiento de 70,000.00 euros (más de un cuarto de millón de nuevos soles).

La ocasión fue propicia para que la magistratura recordara que:

“El principal instrumento de tutela civil de la persona humana es el resarcimiento por equivalente pecuniario del daño [...] sufrido por quien es lesionado en uno de los aspectos fundamentales de su personalidad por el hecho doloso o culposo de un tercero”.

4.4. Funcionalismo iuseconómico y responsabilidad civil. Aproximación a los *punitive damages* desde el derecho civil.

A la relación de funciones expuestas se han sumado otras, que han llegado a nosotros –como en otras experiencias– de la mano con el conocimiento cada vez mayor del derecho estadounidense.

Un estudioso italiano de la comparación jurídica manifiesta, en tal sentido, que los objetivos

108 GIACOBBE, Giovanni, “*Brevi note su di una dibattuta questione: esiste il diritto alla riservatezza?*”, en “Giustizia civile”, año XII, 1962, parte I, pág. 1824.

109 Corte di Cassazione italiana: sentencia n. 9892, del 19 de septiembre de 1995. Publicada en “Danno e responsabilità”, 1996, págs. 94 y sgtes., con comentario de SAVORANI, Giovanna, “*Giornalista, direttore ed editore: responsabilità e regressi*” (ivi, págs. 96 y sgtes.).

110 Tribunale di Roma: sentencia del 30 de septiembre de 1995, en “Danno e responsabilità”, 1996, pág. 116, con comentario de SALMÉ, Luca, “*Risarcire il danno o punire gli sgarbi*” (ivi, págs. 119 y sgtes.).

111 Publicada en “Danno e responsabilità”, 2006, núm. 4, págs. 439 y sgtes.

irrenunciables del moderno sistema de responsabilidad extracontractual serían tres¹¹²:

i) *Compensation*, o sea, la concesión de un resarcimiento adecuado para el damnificado por una actividad ajena.

ii) *Deterrence*, o sea, el suministro de incentivos para que el actuar dañoso, y las actividades potencialmente nocivas no se repitan en el futuro (o lo hagan con las medidas de seguridad necesarias); y

iii) *Punishment*, o sea, la sanción contra quien ha cometido el hecho reprochable (“claro residuo de un estadio histórico”, la denomina el autor) que tiene lugar cuando la conducta dañosa infringe de manera relevante las reglas de la conciencia social¹¹³.

Como es dado advertir, el cuadro es similar al elaborado por los estudiosos del derecho civil. También aquí se reconoce que el resarcimiento compensa, desincentiva y sanciona. Sin embargo, el conocimiento de la experiencia estadounidense hace que convenga tener muy en cuenta la segunda y tercera funciones, porque es con ellas, sobre todo con la última, que guardan relación los fenómenos más peculiares e identificadores del modo de operar de la responsabilidad civil, del *tort law*, en el país del Norte, a saber, los *punitive damages* o *exemplary damages*, o sea, aquellas sumas que “se pagan al demandante para castigar al demandado”¹¹⁴.

Según se refiere¹¹⁵, y fuera de sus postulados orígenes romanísticos, los *punitive damages* comenzaron a concederse, en el mundo del *common law*, en la experiencia inglesa, a partir del 1200, con la dación de leyes en las que se contemplaban dobles resarcimientos para los que dañaran las propiedades de la Iglesia. Posteriormente, en dos causas judiciales del siglo XVIII, *Huckle v. Money* (1763) y *Wilkes v. Wood* (1763) se concedieron *exemplary damages*, respectivamente, por el arresto injustificado del dueño de una imprenta y por el cateo injusto de la casa del editor de un periódico. Esta solución se difundió ampliamente, luego, en el terreno de la protección de los hoy llamados derechos de la personalidad.

Ya en el siglo XX, la sentencia de la House of Lords en la causa *Rookes v. Barnard* (1964) estableció un marco referencial para el análisis de la procedencia de los *punitive damages*, que terminó limitando su ámbito operativo a los supuestos de abusos cometidos por funcionarios públicos frente a los ciudadanos, a los comportamientos dirigidos claramente a obtener una ganancia mayor que los daños producidos, y a las hipótesis legalmente previstas¹¹⁶:

- a) Era necesaria una violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos por parte de la Administración pública.
- b) Había que verificar la intención del sujeto dañador de obtener una ganancia injustificada, que no se pueda sancionar por otra vía.
- c) Se requería que los *punitive damages* estuvieran previstos en una norma.

112 Aquí y en lo que sigue: PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992, págs. 25 y sgtes. Entre nosotros, ha desarrollado este esquema: BULLARD GONZÁLEZ, “Responsabilidad civil y subdesarrollo”, en Id., *Derecho y economía*, cit., págs. 514 y sgtes. En ambos casos, el punto de referencia es la famosa obra de CALABRESI, Guido, *The Cost of Accidents* (Yale University Press, New Haven y Londres, 1970), traducción al castellano por Joaquim Bisbal, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, págs. 44 y sgtes.

113 LOVE, *op. cit.*, pág. 1247, aclara que los *punitive damages* cumplen, principalmente, funciones de “sanción y de desincentivación (*penal and deterrence functions*), y que cuando ellos son declarados procedentes, y se suman a los *compensatory damages* o a los *nominal damages* (los otros componentes del resarcimiento), cumplen también una función “vindicativa” (*vindictory function*).

114 COOTER, Robert y Thomas ULEN, *Law and Economics* (2ª. ed., 1997), trad. al castellano, *Derecho y economía*, al cuidado de Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 442.

115 Aquí y en adelante, me guío por las referencias de GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1996, págs. 47 y sgtes. En la doctrina comparatística italiana precedente: PONZANELLI, Giulio, “I punitive damages nell’esperienza nord-americana”, en “Rivista di diritto civile”, 1983, parte I, págs. 435 y sgtes.; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, “Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani”, en BUSNELLI, Francesco Donato y Gianguido SCALFI (editores), *Pene private*, Giuffrè, Milán, 1985, págs. 376 y sgtes.; y PATTI, Salvatore, voz “Pena privata”, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. XIII, Utet, Turín, 1995, págs. 351 y sgtes.

116 GALLO, *op. cit.*, pág. 48. Según el autor (*ivi*, pág. 49 y nota 18) esta tendencia restrictiva peculiar de la experiencia inglesa se confirmó en la causa *AB v. Southwest Water Services Ltd.* (1993). Ha estudiado las singularidades jurisprudenciales de los *exemplary damages* en el derecho inglés, en comparación con otros ordenamientos del *common law*: REED, Alan, “Jurisprudential Support for Exemplary Damage Awards: A Dichotomy between England and other Common Law Jurisdictions”, en “Journal of Transnational Law & Policy”, vol. 5, 1996, págs. 459 y sgtes.

Es en el rubro de los *punitive damages*, y fuera de los recientes cuestionamientos en torno de su constitucionalidad¹¹⁷, efectivamente, donde se conceden aquellas sumas desproporcionadas que han hecho mundialmente famoso el sistema de responsabilidad civil de Estados Unidos, especialmente en el área de la responsabilidad por productos defectuosos¹¹⁸. Han de ser muchos, así mismo, los estudiosos de la responsabilidad civil que responderían que se trata de la singularidad que permite diferenciar con mayor nitidez nuestro sistema y el estadounidense, e incluso este último y el inglés.

Esas sumas serían inconcebibles, obviamente, en un país en vía de desarrollo y que, para peor, posee el rasgo de la fidelidad sacrosanta de los jueces a la letra de la ley, la cual impediría deducir la aplicación de sanciones económicas que no se encuentren previstas de modo expreso en las normas.

Pero son los *punitive damages* en Estados Unidos, justamente, los depositarios de aquel “objetivo social” asignado a la responsabilidad civil que se quiere destacar en el presente trabajo, o sea, aleccionar a los miembros de la sociedad para el respeto de los derechos constitucionalmente consagrados.

En este punto, es menester profundizar los aspectos históricos de la exposición.

En el derecho de Estados Unidos, en el ámbito de la *constitutional tort litigation*, se contempla una acción específica para los casos de violación de *constitutional rights* por parte de entidades o funcionarios públicos. Aunque se remonta a fines del siglo XIX, se le suele denominar “*Bivens action*”, por el nombre del protagonista de una causa famosa de 1971, interpuesta contra agentes de la Federal Bureau of Narcotics¹¹⁹.

En 1978, en la causa *Carey v. Phipus*, se declaró procedente el resarcimiento a dos estudiantes de Illinois –Jarius Phipus y Silas Briscoe– suspendidos en la escuela pública que frecuentaban, bajo los cargos de fumar marihuana, el primero, y de usar aretes, el segundo. La base de la sentencia favorable fue la “*violation of procedural due process*”, imputada a las autoridades del centro de estudios: a Phipus no se le había permitido demostrar que no había cometido el hecho, y a Briscoe, que su arete no tenía que ver con su pertenencia a una pandilla, sino que se trataba de un símbolo de orgullo racial negro¹²⁰.

Aunque en la sentencia que puso punto final a la causa indicada, emitida por la United States Supreme Court, no se reconoció el derecho de los agraviados a los *punitive damages*, bajo el argumento de que las autoridades de la escuela no habían actuado con “*malicious intention*” de privar a los accionantes de sus derechos o de causarles algún tipo de daño, sí se reconoció que los *punitive damages* debían admitirse cuando el caso se encuadrara en lo previsto en la ley, y “*with the specific purpose of deterring or punishing violation of constitutional rights*”¹²¹.

Pese a su importante función en los planos de la *deterrence* y del *punishment*, los *punitive damages* han suscitado el problema de la incertidumbre en torno de su cálculo en sede judicial:

“Se supone que los *punitive damages* guardan una relación razonable con los *compensatory damages* y la capacidad de pago del demandado, pero los tribunales no han especificado lo que significa en este contexto lo ‘razonable’ o la ‘capacidad de pago’. Por ejemplo, no se sabe con seguridad si los *punitive damages* sólo pueden duplicar el monto de los *compensatory damages* o ser hasta 10 veces mayores. Los jueces tienen aparentemente una idea de cuánto es suficiente, y los fallos de los jurados han sido reducidos a menudo por

117 Sobre este punto, remito al ensayo de REDISH, Martin H. y Andrew L. MATHEWS, “*Why Punitive Damages are Unconstitutional*”, en “*Emory Law Journal*”, vol. 53, 2004, págs. 1 y sgtes.

118 En la archifamosa causa *BMW of North America Inc. v. Gore*, por ejemplo, los tribunales del Estado de Alabama habían concedido 2 millones de dólares a un médico que había adquirido un auto BMW, supuestamente nuevo, con vicios ocultos (repintado). Objetivamente, tales vicios ascendían sólo a 4 mil dólares (por disminución del valor del vehículo). En mayo de 1996, la United States Supreme Court se pronunció señalando que, según los límites constitucionales, los *punitive damages* otorgados al Dr. Gore debían considerarse excesivos. En ulterior revisión, el poder judicial de Alabama redujo el monto de los *punitive damages* a 50,000 dólares.

Esta causa es reseñada por POLINSKY y SHAVELL, *op. cit.*, págs. 901-902; REDISH y MATHEWS, *op. cit.*, págs. 8 y sgtes.; ZIPURSKY, Benjamin, “*A Theory of Punitive Damages*”, en “*Texas Law Review*”, vol. 84, 2005, págs. 109 y sgtes.; y ampliamente comentada, desde el punto de vista de la comparación jurídica, por ROMANO, Maria Silvia y Fabrizio COSENTINO, “*Quando il troppo è troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi*”, en “*Danno e responsabilità*”, 1997, núm. 3, págs. 298 y sgtes.

119 LOVE, *op. cit.*, págs. 1242-1243.

120 La referencias también son de LOVE, *op. cit.*, págs. 1247 y sgtes., y nota (42).

121 *Ibid.*, pág. 1249.

los jueces, pero no hay reglas acerca del cálculo de los *punitive damages*. En el campo de los ilícitos culposos es urgente una explicación más coherente de los *punitive damages* [...]”¹²².

Esta aplicación de las sanciones ligadas a la responsabilidad civil, con las cuales se pretende disuadir a los potenciales agentes de violaciones de derechos fundamentales ha llamado la atención de los comparatistas de países del *civil law*, los cuales han reconocido que:

“[L]a disuasión brindada por las reglas de responsabilidad civil parecen jugar un papel importante en el campo de las ofensas morales a la personalidad o en el empleo culposo de los medios de comunicación de masa. Pero esto sucede [...] en tanto y en cuanto el resarcimiento, en la estimación del daño moral sufrido por la víctima, tenga en cuenta las posibilidades económicas del dañador, es decir, en tanto y en cuanto el resarcimiento sea un *desincentivo*, si no es que una *pena*”¹²³.

Siguiendo esta línea de pensamiento, cabe preguntarse si en el mundo del *civil law* el monto del resarcimiento se debería estimar teniendo en cuenta –a imagen y semejanza de la experiencia de los *punitive damages* en el *common law*– la capacidad patrimonial del dañador, de manera tal que se consiga crear realmente en el individuo el estímulo para cambiar de actitud, así como la intencionalidad o culpa grave cometida por el dañador. Los *punitive damages*, en efecto, “se conceden a consecuencia de una conducta que se presenta, socialmente, como extremadamente reprobable (evidenciada por el dolo o por la negligencia particular del sujeto activo) y apuntan a castigar al transgresor induciéndolo a no repetir actos similares”¹²⁴. Como es lógico suponer, un monto resarcitorio mínimo –atendiendo a las posibilidades del responsable– no tendría ningún efecto de comportamiento en los dañadores económicamente prósperos, porque no se cumpliría el objetivo de desincentivación que sí tiene lugar cuando el patrimonio es considerablemente gravado:

“La suma que el culpable se podrá ver constreñido a desembolsar lo desalienta, lo pone en alerta acerca de que el comportamiento ilícito que va a desarrollar no quedará en nada, sino que será considerado pecuniariamente por el ordenamiento; sin embargo, dicha consideración deberá ser tal que no resulte conveniente, de ningún modo, el ilícito; es más, ella portará consigo un carácter mitigadamente infamante. [...]. En una sociedad en la cual es ausplicable que no se pierdan totalmente algunos valores y certezas, como lo es el de que no se puede dañar a otro sin que surja una reprobación, la idea de que una suma de dinero se tenga que conceder como correspondencia de un mal causado, como retribución de un *quid* que no se debía cometer, puede facilitar la consideración disuasiva al cometerlo”¹²⁵.

Este objetivo es especialmente delicado cuando la actividad a reprimir es la de los medios de comunicación. La empresa periodística administra la información que ella misma suele procurarse, y que muchas veces tiene que ver con la vida privada de personas. Como se trata de un rubro rentable – basta pensar en la entrañable imagen del *Citizen Kane*–, es natural que exista una suerte de presunción de capacidad económica que en nuestro país no se presenta, por ejemplo, respecto del rubro agrícola o industrial. De aquí que también en el Perú se pueda –y acaso se deba– estimar la posición económica de los propietarios de medios de comunicación a la hora de fijar un resarcimiento por lesión de los derechos de la personalidad, con mayor razón si se recuerdan los pingües beneficios que se obtenían, bajo el fujimorato, de manos del asesor presidencial.

Puede conjeturarse que una actitud como la sugerida habría sido de importancia crucial en la

122 COOTER y ULEN, *op. cit.*, pág. 444. Desde el punto de vista comparatístico: ZENO-ZENCOVICH, *op. ult. cit.*, pág. 378: “la crítica más severa a los *punitive damages* es que ellos, por la ausencia de reglas precisas para la determinación del *an* y del *quantum*, crearían una situación de incertidumbre en el derecho, colmada por la arbitrariedad incontrolable de los jurados”.

Como solución a estos problemas, POLINSKY y SHAVELL, *op. cit.*, pág. 874 *et passim*, plantean, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, que los *punitive damages* serían procedentes solamente después de verificar que el “*injurer has a chance to scaping liability for the harm he causes*”.

123 MONATERI, “*Le funzioni del risarcimento*”, cit., pág. 169.

124 ZENO-ZENCOVICH, *op. ult. cit.*, págs. 375-376.

125 BONILINI, Giovanni, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milán, 1983, págs. 291-292.

En la experiencia francesa, según refiere RUFFINI GANDOLFI, voz “*Diritto alla riservatezza*”, pág. 76, se percibe el problema de lo “exiguo” de las “sumas liquidadas a título de compensación por lesiones de la vida privada. Una tendencia que, al comprometer la función disuasiva del mecanismo resarcitorio, tendría el único efecto de inducir a la prensa a prevenir en sus propios balances un modesto riesgo económico como el señalado. De aquí la sugerencia, dirigida a los jueces, para que eleven el *quantum*, valiéndose en la liquidación de un cálculo que tenga en cuenta también el tiraje (el número determinado) de la publicación, y en definitiva, entonces, el beneficio de la empresa editorial.

época del fujimorato, cuando los medios vinculados al Gobierno atacaban a los opositores del régimen de la manera más baja, afectándolos en su intimidad, honor, reputación y buen nombre. Sólo que aunque hubiese existido en los jueces la iniciativa para aplicar punitivamente la protección resarcitoria, ellos habrían topado con el otro escollo –ya mencionado– de su apego a la letra de la ley¹²⁶.

§5. La atenuación del daño moral: entre la función aflictivo-consolatoria y la pura función punitiva de la responsabilidad civil.

Hay algo ulterior a señalar acerca de la función “sancionatoria”, “punitiva” o “aflictiva” en las lesiones de derechos de la personalidad o derechos fundamentales, y ello tiene que ver con la particular naturaleza del daño causado.

Los daños a estos derechos se comprenden, en países como Alemania e Italia, en la categoría de los daños “no patrimoniales” (*Nichtsvermögensschaden, danno non patrimoniale*). Distintamente, en nuestro ordenamiento, y por adhesión al léxico francés, se distingue entre daños “materiales” y “morales”, siendo estos últimos los que abarcan, en su acepción más amplia, la violación de derechos de la personalidad y el sufrimiento, padecimiento anímico o dolor¹²⁷.

La cuestión de la reparación del daño no susceptible de valorización económica directa reviste un atractivo sin parangón en las diversas experiencias europeas. En ello ha tenido que ver, seguramente, lo que de indeterminado posee, en sí, el concepto de daño moral, que es apto para abrazar las más disímiles pretensiones. Esta peculiaridad lo ha hecho bastante sensible a la actividad creativa jurisprudencial.

Pero existe también la conciencia de que el dinero no “compensa” la situación del afectado en sus derechos de la personalidad. Más en general, se afirma que la idea del daño no patrimonial y el resarcimiento “son términos inconciliables, porque éste apunta a rellenar un vacío cuyos contornos son, esencialmente, seguros y verificables, mientras que los contornos del daño no patrimonial son vagos”¹²⁸. Nadie que es agraviado en su intimidad u honor puede ser satisfecho monetariamente, de ninguna manera, con la pretensión de que así se reintegre o reconstituya el “bien” lesionado.

En relación con este punto, la doctrina explica que cuando la reputación de un sujeto, por ejemplo, “es lesionada por la afirmación de otro, sin que de ello subsiga ningún perjuicio de carácter patrimonial, ello significa que el daño –siempre que se quiera hablar de daño– se identifica con el interés mismo (al honor) atacado por el ilícito. El remedio aplicable, en dicho caso, será un remedio de carácter *restitutorio-restablecedor* (por ejemplo, una eventual rectificación por parte del ofensor), pero no *resarcitorio*, porque no se presenta ningún daño patrimonial a reparar”¹²⁹. No hay duda, entonces, de que el dinero no sirve para corresponder a las víctimas de este tipo de daños¹³⁰.

Es por esta última razón que se señala que respecto de los daños inmateriales o morales no puede hablarse, propiamente, de “resarcimiento”, sino, en todo caso, de “compensación”, “satisfacción” o, mejor aun, de “atenuación”¹³¹.

126 Apego que en la experiencia italiana, curiosamente, no se presenta respecto de la protección inhibitoria, pues se escribe que “mientras el contenido de la acción resarcitoria se caracteriza por un rasgo de tipicidad y rigidez de las formas de demanda judicial, el contenido de la acción inhibitoria se caracteriza por un rasgo de ‘particular ductibilidad’ que se refleja en la atipicidad de las formas de intervención por parte del juez”: BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, *op. cit.*, pág. 789.

127 Esta visión francesa de los “daños morales” es la que debe inculcarse en nuestro ordenamiento, a despecho de la innecesaria presencia del “daño a la persona” en el Código Civil (artículo 1985, y ahora también, equivocadamente, en el adicionado artículo 345-A), como he sostenido en LEÓN, *La responsabilidad civil*, cit., págs. 288 y sgtes., con amplias referencias bibliográficas francesas.

En la doctrina portuguesa, MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 389, destaca que “la resarcibilidad de los daños morales da pie a un papel preventivo y disuasivo de la responsabilidad civil, que es del mayor interés en el ámbito de la defensa de la persona”.

128 BONILINI, Giovanni, “*Pena privata e danno non patrimoniale*”, en BUSNELLI y SCALFI (editores), *Le pene private*, cit., pág. 305.

129 DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., pág. 247 (las cursivas son añadidas).

130 Señala COMANDÉ, Giovanni, “*Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*”, en “*Contratto e impresa*”, año X, 1994, pág. 913, que cuando es “no patrimonial” el daño no es susceptible de “valorización económica”, de modo que “el resarcimiento no puede, en la mayoría de los casos, ser un sustituto válido de la «utilidad» perdida”.

131 Permítaseme remitir a LEÓN, *La responsabilidad civil*, cit., pág. 200.

Esta última afirmación también es válida para el monto que tradicionalmente se asigna en las causas de responsabilidad civil con el propósito de aliviar el sufrimiento o el padecimiento anímico (“daño moral subjetivo” o “en sentido estricto”). Al respecto, un autor explica que “si bien en términos lógico-filosóficos la «felicidad» (que la suma puede procurar) es la negación del dolor y del sufrimiento, en la realidad no existe *pecunia* que pueda comprar un *quantum* de felicidad en condición de erradicar el *dolor* sufrido. La locución *pretium doloris* se revela como una ficción lógica antes que jurídica”¹³².

En el Perú, siempre en relación con el daño moral, se ha sostenido, a tenor de la doctrina italiana más actual¹³³, que la función de la responsabilidad civil es, en este caso, *afflictivo-consolatoria*, o sea, sancionadora y mitigadora del sufrimiento a la vez, debido a la imposibilidad de “reparar” éste cabalmente:

“[L]a constatación de la existencia de daños irreparables, en el sentido de que, fácticamente, se comprueba la imposibilidad de poder restablecer el *statu quo* roto por la intromisión del daño [...] no puede llevar a negar la tutela resarcitoria a la víctima, quien, ante la imposibilidad de ser ‘reparada’, tendrá que conformarse con una tutela afflictivo-consolatoria que, al no poder desenvolver una función reparadora del daño, cumplirá una función de mitigación del mismo. [...]. [L]a función eminentemente afflictivo-consolatoria del resarcimiento del daño extrapatrimonial queda así configurada como una manifestación de la función satisfactoria de la responsabilidad desde una perspectiva diádica, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquél”¹³⁴.

Atendiendo a lo anterior, un sector de la doctrina considera que la función de la responsabilidad civil en el caso de los daños morales es “compuesta”, porque, por un lado, se tiende a brindar una forma de satisfacción y/o gratificación a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un *beneficio económico* –y, al respecto, es innegable que el dinero también puede servir para dicho fin–, y, por otro lado, para *sancionar* el comportamiento del responsable de la infracción¹³⁵.

Para otro bando de la doctrina, no menos persuasivo, la función de la atenuación del daño moral sería, en cambio, estrictamente punitiva. Consiguientemente, se sostiene que la “reparación” concedida para esta figura de daño –que comprende, como ya se anotó, el padecimiento anímico, sufrimiento o dolor y la violación de derechos de la personalidad– constituiría una hipótesis de “pena privada”.

La convicción sobre el carácter irreparable del daño moral conduce a sostener, según este último planteamiento, que las sumas de dinero concedidas judicialmente por este concepto, en cualquiera de sus significados, no puede considerarse “resarcimiento”, ni tampoco “indemnización” (pese a la amplitud con la que se emplea este término en el idioma castellano)¹³⁶. Se trataría, más bien, de una pena privada, o sea, en lo que atañe a la responsabilidad civil por daño moral, de una “asignación monetaria al portador de un perjuicio no patrimonial como reacción predispuesta por el ordenamiento

132 COMANDÉ, *op. cit.*, pág. 912. El mismo autor informa (*ivi*, pág. 914), en relación con la experiencia italiana, que “cuando el daño no patrimonial se identificaba con el *pretium doloris* [...] las finalidades preventivo-punitivas desarrollaban, en concreto, un papel marginal, mientras que con la afirmación de nuevas agresiones a intereses jurídicamente relevantes, no necesariamente asimilables, sea por el lado del sujeto activo que por el lado del sujeto pasivo, a una persona física, los aspectos sancionatorios han asumido mayor relevancia y valor interpretativo”.

133 Por ejemplo, COMANDÉ, *op. cit.*, *loc. cit.*, quien indica que “en la regla del resarcimiento del daño no patrimonial cabe identificar también un componente afflictivo”.

A juicio de BUSNELLI, Francesco Donato, “*Interessi della persona e risarcimento del danno*”, en “*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*”, año XLVIII, 1996, pág. 23, “los daños a la persona sometidos a tratamiento diferenciado son aquellos cuyo resarcimiento (o, mejor dicho, cuya reparación) responde, no a una función compensatoria, sino a finalidades satisfactivo-punitivas”.

134 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “*Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil*”, *cit.*, págs. 270-271. Véase también: LEÓN, *La responsabilidad civil*, *cit.*, págs. 266 y sgtes.

135 DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, *cit.*, págs. 252, 254.

136 Sobre el correcto significado de los vocablos “resarcimiento” e “indemnización”, remito, una vez más a LEÓN, *La responsabilidad civil*, *cit.*, pág. 200, nota (39), y sobre todo a *Id.*, “*Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa. Apuntes sobre el artículo 1977 del Código Civil peruano*”, en “*Revista jurídica del Perú*”, año LV, núm. 63, Trujillo, 2005, págs. 136 y sgtes.

En la experiencia italiana, BONILINI, Giovanni, voz “*Danno morale*”, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. V, Utet, Turín, 1989, pág. 85; y FRANZONI, Massimo, “*Il danno morale*”, en “*Contratto e impresa*”, año VI, 1990, pág. 313; *Id.*, *Dei fatti illeciti*, en *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca, a cura di Francesco Galgano*, Zanichelli editore, Bologna, y Società editrice del Foro italiano, Roma, 1993, pág. 1161, informan que el codificador de 1942 no adhirió a las críticas de la doctrina en torno del incorrecto uso del término “resarcimiento” respecto del daño moral.

para afligir, principalmente, al dañado o, en su variante más conocida, para aquietar el sentimiento de venganza del sujeto lesionado, mediante la punición del culpable”¹³⁷.

Friedrich Carl von Savigny escribió que la pena privada, que ya era conocida en el antiguo derecho romano, consistía en “una suma de dinero que el ofensor debía pagar al ofendido, de tal manera que uno se hacía más pobre y el otro más rico de lo que eran ambos antes del delito”¹³⁸. En estas antiguas líneas –que no deben llevar a pensar que el ámbito de la pena privada sea exclusivamente el de la responsabilidad civil¹³⁹– se puede apreciar un rasgo básico de la figura bajo examen: la destinación al damnificado, por razones sancionatorias, de una suma de dinero, en correspondencia con la verificación de un ilícito visto desde una óptica que tiende a ser cuasi penalística, sin que sea posible detectar ninguna vinculación entre dicha suma con la función de reintegrar la situación previa al evento dañoso.

“Del examen de la estructura y de la función de las penas privadas y de las sanciones civiles indirectas –explica, en tal sentido, un autor– se puede constatar que éstas no tienen nada en común con el resarcimiento del daño. El resarcimiento del daño apunta a restaurar una cierta situación patrimonial disminuida”¹⁴⁰; las penas privadas, en cambio, tienen fines “conminatorios y de intimidación”¹⁴¹. Ellas “expresan la confianza atribuida a la capacidad de autorregulación de la sociedad civil”¹⁴²: la pena privada, que tiene un campo de aplicación harto variado, es impuesta “por particulares a particulares y tienen su fuente en un contrato (piénsese en las medidas disciplinarias previstas en los contratos de trabajo, en los contratos de asociación o en los contratos de sociedad de personas), o bien en un *status* (basta recordar el poder correctivo ejercido por los progenitores sobre los hijos menores de edad)”¹⁴³.

Las penas privadas no deben ser confundidas con las denominadas “sanciones civiles”, a las que también se acaba de hacer mención. Estas últimas “expresan el poder auto-organizativo de la sociedad civil, porque tienden a satisfacer un interés privado, pero realizan, al mismo tiempo, y contextualmente, el interés público. Es, ni más ni menos, este último aspecto lo que distingue las sanciones de las penas privadas y, naturalmente, de las penas criminales. La sanción civil consiste, normalmente, en una medida aflictiva patrimonial, que aun estando prevista legislativamente, y aun siendo irrogada por la autoridad judicial, presupone la iniciativa del particular, y está dirigida en ventaja de éste”¹⁴⁴. La diferencia entre pena privada y sanción civil es la fuente de la segunda, que es la ley, y el doble fin que la segunda realiza al ser impuesta.

Hay que cumplir con rendir cuenta, para culminar este acápite, que la doctrina también ha manifestado su oposición a la admisión de las penas privadas. En tal sentido, se ha anotado que los intentos de hacer un espacio a esta figura deben ser absolutamente rechazados:

“La exigencia de la que parten dichos intentos, que es la de corregir la insuficiencia del remedio del resarcimiento del daño cuando falta o es difícilmente determinable un daño económico, *sobre todo en el tema de los derechos de la personalidad*, no basta para hacer admisible un instrumento que contrasta abiertamente con el principio constitucional de igualdad: principio que garantiza la paridad jurídica de las personas frente a la ley y en sus relaciones recíprocas, con lo cual se prohíbe, entonces, la creación de autoridades privadas. El principio constitucional de igualdad se eleva al nivel de principio de orden público, e impone un límite a la autonomía privada. Así pues, se debe considerar afectado por nulidad todo pacto dirigido

137 BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., pág. 272.

138 Citado por BONILINI, *op. ult. cit.*, págs. 275-276.

139 Las penas privadas, en efecto, comparecen en distintas áreas del derecho civil, distintas de la responsabilidad, como el derecho de sucesiones y el derecho de los contratos (a través, por ejemplo, de la cláusula penal). De aquí que BUSNELLI, Francesco Donato, “*Verso una riscoperta delle «pene private»?*”, en BUSNELLI y SCALFI (editores), *Le pene private*, cit., pág. 3, subraye que “las figuras sancionatorias asimilables a una idea [...] de ‘pena privada’ son muy numerosas y difusas en todo el arco del Código Civil”. En la misma línea de pensamiento, MOSCATI, Enrico, “*Pena privata e autonomia privata*”, en *Id.*, *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, Cedam, Padua, 1999, pág. 404, propone diferenciar las penas privadas “negociales” de las penas privadas “judiciales”.

140 FRANZONI, Massimo, “*Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*”, en “*Il Corriere giuridico*”, 2003, pág. 1039.

141 BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., pág. 278.

142 FRANZONI, *op. ult. cit.*, pág. 1038.

143 *Ibid.*, *loc. ult. cit.*

144 *Ibid.*, *loc. ult. cit.*

a atribuir a una parte e poder de castigar a la otra, mediante sanciones pecuniarias o de otro género. [...]. Se ha entendido como pena privada también la pena pecuniaria aplicada por el juez *en ventaja de la víctima*. Desde este punto de vista, se ha identificado una forma de pena privada en el resarcimiento del daño moral. *Pero el resarcimiento del daño moral ha sido consagrado en nuestro ordenamiento como un ‘resarcimiento’ y no como una pena*¹⁴⁵.

§ 6. La atenuación del daño moral consistente en la agresión del derecho a la intimidad. Hacia una visión sancionatoria y reforzadora de los derechos de la personalidad.

En el Perú, como en otras experiencias, puede admitirse que:

“El convencimiento de que un número siempre mayor de hechos lesivos de las exigencias del individuo –piénsese en la exigencia de ver respetada la tranquilidad de la vida privada o en la de que el hecho del hombre no altere nuestra ‘reputación’– están desprovistas, en lo sustancial, de una respuesta jurídica facilitada, y prácticamente hace legítima, su comisión. El deber abstracto de resarcir las consecuencias patrimoniales de tales hechos es del todo inidóneo para actuar como desincentivador, por la sola razón de que dichas consecuencias se presentan difícilmente; la costumbre de cuantificar, en los raros casos en que ello es posible, en sumas irrisorias las consecuencias que no son objetivamente monetizables, la imposibilidad de hacer recaer aquellos hechos en la esfera del derecho penal, representan los elementos más significativos de lo inadecuado de un sistema que proclama en enfáticos términos constitucionales la prioridad de ciertos bienes, pero luego los deja a merced de normas insuficientes y, peor aun, de estrechas aplicaciones jurisprudenciales”¹⁴⁶.

Frente a esta situación, nuestra doctrina ha propuesto echar mano a una figura que representa un accidente del Código Civil peruano, a saber, el “daño a la persona” (artículo 1985), para hacer frente a los daños al derecho a la intimidad¹⁴⁷.

Llama la atención en este planteamiento –al margen de reafirmar en este punto mi opinión sobre la inutilidad de la voz “daño a la persona” en el Código Civil peruano, por encontrarse comprendida en el concepto amplio de “daño moral”– que se sugieran, ante estos supuestos, como criterios a tomar en consideración por el juzgador, además de la magnitud del daño producido y de las circunstancias que rodearon los hechos, la “culpa con la que ha procedido el agresor” (si ha procedido con dolo o culpa) y la “situación, tanto de la víctima como del agresor” (situación económica, social y ocupación habitual de la víctima y condiciones personales del agresor).

Estos dos criterios, de cuya conveniencia no se duda, requieren un paso previo, que no ha sido dado por quien los propone: el cambio de la perspectiva de la reparación de los daños morales, del “resarcimiento” a la “sanción”, y la aplicación a los montos concedidos por este rubro de las reglas propias de las penas privadas:

“Puede comenzarse a hablar de penas privadas –ilustra un autor–, sólo cuando para efectos de la cuantificación se toman en cuenta factores que no guardan estricta conexión con la dimensión del daño efectivamente producido, como, por ejemplo, la gravedad del ilícito cometido, el grado de culpabilidad del responsable de la lesión, su condición patrimonial, e incluso el enriquecimiento obtenido mediante un hecho injusto. El grado de culpabilidad del responsable de la lesión, su condición patrimonial, así como la dimensión del enriquecimiento

145 BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., págs. 255, 257 (las cursivas son añadidas). La posición crítica de este autor coincide con la formulada, décadas atrás, por RAVAZZONI, Alberto, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milán, 1962, pág. 156: “por más que se pueda admitir y dar importancia a una, si bien grave, impresión terminológica del legislador, por la cual se puede llegar a concluir que no estamos ante un resarcimiento en sentido técnico, no se puede, sin embargo, prescindir de lo que es, ciertamente, el contenido preceptivo de la norma: es decir, que la reacción frente a la provocación de un daño no patrimonial está dirigida, en primer lugar, y fundamentalmente, en ventaja del lesionado. Ello basta para descartar que nos encontremos frente a una pena de derecho privado”.

146 BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., págs. 288-289.

147 Es la posición de MORALES GODÓ, *El derecho a la vida privada*, cit., págs. 385 y sgtes. El autor nacional opina (*ivi*, pág. 386) que el dolo, por ejemplo, sería “uno de los elementos importantes que debe analizarse en el conflicto de la información con la vida privada de las personas, ya que muchas veces la divulgación de hechos correspondientes a la vida privada de las personas se hacen exprofesamente, con fines comerciales, de provocar escándalo, sabiendo que ello provoca el interés del público”.

realizado mediante hecho injusto son, ni más ni menos, circunstancias que, en rigor, exceden de un mero problema de cuantificación del daño, y son, viceversa, índices seguros de la función sancionadora y/o desincentivadora de las sumas concedidas a título de resarcimiento. Desde esta perspectiva, se enmarcan en el esquema de las penas privadas, sin duda, las sumas concedidas en materia de los llamados daños no patrimoniales [...]¹⁴⁸.

Esta visión del daño moral no es nueva entre nosotros.

Durante los trabajos preparatorios del Código Civil, un destacado jurista hizo notar, agudamente, que:

“[S]i retiramos todo aquello que constituye un gasto o un lucro cesante, el daño moral queda reducido a aquello que afecta al sentimiento. Pero estos daños morales no son determinables ni pueden ser reparables en dinero. [...] Por consiguiente, si adoptamos el principio general de que la responsabilidad se basa en la posibilidad de distribuir socialmente costos económicos, y el principio correlativo de que la indemnización es una reparación y no un castigo al presunto culpable, el daño estrictamente moral no es indemnizable”¹⁴⁹.

Al mismo autor se deben referencias sobre ciertas “indemnizaciones punitivas” que habían sido concedidas en causas de responsabilidad civil decididas bajo la vigencia del Código Civil de 1936, y en las cuales se consideraron, por ejemplo, la circunstancia de que la víctima fuera un funcionario público o un sacerdote, a fin de “aumentar”, en los hechos, el monto resarcitorio:

“[E]n realidad, en estos casos, se está utilizando la indemnización para «castigar» al causante del accidente, porque se considera que su «acto ilícito» fue particularmente grave, dada la calidad del accidentado. Es como si además de la indemnización, se le impusiera una multa por la gravedad de sus hechos; pero como no existe mecanismo legal para imponer tal multa ni organismo capaz de recibirla, se concede ese suplemento económico al demandante aunque no tenga derecho propio alguno que lo haga merecedor de esta plusindemnización. Eso es lo que en doctrina se conoce como indemnización punitiva y que no ha sido todavía claramente discutida por la doctrina ni por la jurisprudencia nacional a pesar de la frecuencia de las situaciones implicadas por este concepto”¹⁵⁰.

Finalmente, al ocuparse del tema en su tratado dedicado a la responsabilidad extracontractual, nuestro autor reconoce que el tema de la atenuación del daño moral admite diversos enfoques desde perspectivas muy diferentes, puesto que se trata de una noción “bastante discutida entre los juristas, y no todo el mundo está de acuerdo sobre ella ni de la misma manera”¹⁵¹. Luego concluye, coherentemente, que:

“[E]n el fondo, el pago de una suma de dinero por el daño moral no es sino una reminiscencia de la vieja idea de la venganza: aun cuando este tipo de daño, por su naturaleza misma no es reparable económicamente, hay quienes creen que no es posible que quien ha causado un sufrimiento a otro no reciba algún castigo, que no sea cuando menos obligado a pagar algo por ello. En consecuencia, la indemnización del daño moral se asemeja más [...] a una multa privada que a una reparación de perjuicio”¹⁵².

Con estos nítidos antecedentes en nuestra doctrina –que rescatan para nosotros, sutilmente, los desarrollos de la doctrina y jurisprudencia francesas acerca de la noción del *dommage moral*, concebido como *peine privée*¹⁵³– no me parece aventurado abrigar esperanzas en que el relanzamiento

148 GALLO, *op. cit.*, pág. 124.

149 DE TRAZEGNIES GRANDA, “De la responsabilidad no derivada de acto jurídico”, *cit.*, pág. 414.

150 *Id.*, “Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil”, en *Biblioteca para leer el Código Civil*, vol. I (1984), 9ª. reimpresión, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, págs. 211-212 (las cursivas son añadidas).

151 *Id.*, *La responsabilidad extracontractual*, *cit.*, t. II, págs. 91-92.

152 *Ibid.*, pág. 92 (las cursivas son añadidas).

153 Entre otros: KAYSER, Pierre, “Remarques sur l’indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain”, en *Études offertes à Jean Macqueron*, Faculté de Droit et des Sciences Économiques d’Aix-en-Provence, 1970, págs. 423-424; TUNC, André, “La pena privata nel diritto francese”, en BUSNELLI y SCALFI (editores), *Le pene private*, *cit.*, págs. 349 y sgtes., especialmente, págs. 357-358; STARCK, Boris, *Droit civil—Obligations*, 1, *Responsabilité délictuelle*, 2ª. ed., al cuidado de ROLAND, Henri y Laurent BOYER, Librairies Techniques, París, 1985, págs. 63-64; CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, vol. II, *Les biens—Les obligations*, Presses

de la noción amplia del daño moral, como comprensivo de los atentados contra los derechos de la personalidad, junto con el redescubrimiento de la función punitiva de su atenuación pecuniaria, puedan servir, unidamente, para el fomento entre nosotros de una cultura de respeto a tales derechos.

La asociación entre atenuación de los daños a los derechos de la personalidad con las reglas que la doctrina considera típicas de las penas privadas tiene como otra de sus ventajas la posibilidad de atraer el interés hacia un sector de daños que –como se anotó líneas atrás– son prácticamente invisibles, a tal punto que se habla, al respecto, de daños “*in re ipsa*”, e incluso de “responsabilidad sin daño”¹⁵⁴.

Quien es fotografiado o captado por una cámara de vídeo, por ejemplo, en el desenvolvimiento de actos que pertenecen a su esfera privada, es afectado en su derecho a la intimidad por ese solo hecho, y, las más de las veces, de forma “irreversible”¹⁵⁵. Lo mismo ocurre en el campo de la protección del honor, cuando los medios hacen circular informaciones contrarias a la verdad, las cuales son idóneas, en sí mismas, para lesionar a los sujetos a que se refieren, al margen de que se aporten o no pruebas adicionales de algún detrimento.

“[N]o debemos pasar por alto – se explica, al respecto – que ya en sus orígenes la función principal de la responsabilidad civil no fue tanto la de permitir la reintegración de la situación patrimonial anterior a la comisión del ilícito, sino más bien la de proveer un instrumento para la tutela de situaciones jurídicas subjetivas relevantes.

Así pues, la separación de la responsabilidad civil de la prueba de un daño efectivo es válida, por lo menos parcialmente, para volver a la vida la primigenia función sancionatoria/desincentivadora de esta institución.

Que nos movemos, en efecto, en un contexto de penas privadas no parece ser refutable seriamente”¹⁵⁶.

En este punto, nuestra doctrina constitucional ha tenido el mérito de vislumbrar el carácter *in re ipsa* de estos daños, en relación, justamente, con la lesión del derecho a la intimidad:

“[L]a vulneración de la intimidad personal y familiar se produce por la sola *intromisión externa o perturbación* no autorizadas en las áreas privadas o reservadas (actos, hechos, hábitos, datos) que comprende, así como con la divulgación de su contenido sin contar con el consentimiento de su titular. Son estas acciones las que configuran la violación del derecho, sin necesidad de que con ellas se produzca ningún daño o perjuicio adicional a la persona afectada, bastando la simple molestia ocasionada por la intromisión en la esfera íntima o privada, o por la comunicación no deseada ni autorizada a tercero de aspectos que forman parte de ésta y que su titular desea mantener en reserva”¹⁵⁷.

Más en general, la doctrina viene sosteniendo que la violación de los derechos fundamentales representa, no un daño-consecuencia, sino un daño-evento que es, por sí propio, resarcible¹⁵⁸. Lo que se sostiene, desde esta perspectiva, es que tiene carácter resarcible, “como daño-evento (cuantificable con

Universitaires de France, París, 2004, pág. 2272. Así mismo, las contribuciones de PIEDELIÈVRE, Stéphane, “*Les dommages et intérêts punitifs: une solution d’avenir?*”, y de Geneviève VINEY, “*Rapport de synthèse*”, en la revista “Responsabilité civile et assurances”, año XII, junio de 2001, págs. 68 y sgtes., 86 y sgtes. que recoge las actas del coloquio “*La responsabilité civile à l’aube du XXI^e siècle. Bilan. Prospectif*”, organizado por la Facultad de Derecho y Economía de la Universidad de Savoia y el Colegio de Abogados de Chambéry (7-8 de diciembre del 2000). En la bibliografía francesa precedente, contraria a esta tendencia: GIVORD, François, *La réparation du préjudice moral*, Librairie Dalloz, París, 1938, págs. 120-121. Desde un punto de vista comparatístico: BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., págs. 272-273; y GALLO, *op. cit.*, págs. 53 y sgtes.

154 La expresión es de GALLO, Paolo, *Diritto privato*, 4^a. ed., Giappichelli, Turín, 2006, pág. 734, y se aplica a “situaciones en las cuales el comportamiento lesivo de los derechos ajenos no causa necesariamente daños, o no causa, por lo menos, daños de naturaleza económica inmediatamente perceptibles y cuantificables”.

155 Subraya este aspecto, MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 580: “en cuanto a los *daños* causados por la lesión de la privacidad, es importante notar que ellos son casi siempre irreversibles, porque por lo general, luego de la intromisión o de la difusión de la información privada, ya no es posible reponer las cosas al *statu quo ante*, ‘apagando’ los efectos de la agresión consumada” (las cursivas son del autor).

156 GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., pág. 127.

157 EGUIGUREN PRAELI, *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal*, cit., pág. 106 (las cursivas son del autor).

158 Esta afirmación es igualmente válida, con sus peculiaridades, para la experiencia estadounidense, como se desprende de la lectura de LOVE, *op. cit.*, págs. 1242 y sgtes.

criterios equitativos), «toda lesión de un derecho constitucionalmente garantizado», con prescindencia del daño-consecuencia, representado por los efectos patrimoniales (que pueden estar ausentes de la lesión misma)¹⁵⁹. En tal sentido, se ha identificado un “principio personalístico”, propiamente dicho, en el ordenamiento jurídico, el cual permitiría extender la protección jurídica inmediata incluso a los derechos emergentes (los llamados “nuevos derechos”) de la personalidad, a través de una “lectura dinámica” de la Constitución, “al margen del reconocimiento de tales derechos en el nivel de la legislación ordinaria”¹⁶⁰.

No es cuestionable, ciertamente, el noble propósito de adecuar a la Constitución el sistema de los daños, y de extender la protección resarcitoria a todos los derechos fundamentales. “Adecuar a la Constitución el sistema de los daños no patrimoniales” –como bien se apunta– no quiere decir constitucionalizar dichos perjuicios, sino asegurar una protección resarcitoria que se extienda a los daños no patrimoniales contra todos los derechos fundamentales de la persona”¹⁶¹. Solo que, como se entiende, las condiciones y especiales circunstancias en las cuales se presenta esta evolución del sistema italiano de protección de la persona –de gran influencia en el nuestro, como ya se vio– son completamente ajenas a la situación que puede apreciarse en la experiencia peruana.

Quien se informe sobre la muy reciente doctrina forjada en Italia podría estar tentado a importar al derecho peruano el producto terminado de una evolución cuyas lentas etapas no deberían ignorarse. Sin una reflexión conveniente, entonces, no puede augurarse que nuestros jueces inicien el camino hacia el resarcimiento por la sola violación de derechos fundamentales, mucho menos si se tiene en cuenta que en otras realidades –como la italiana¹⁶², justamente– se insta a que la fijación de los montos a conceder se base en criterios de equidad, respecto de los cuales nuestra magistratura no de muestras, todavía, de desempeñarse como sería de esperar.

No hay que desconocer, sobre este último punto, y en atención a la naturaleza pecuniariamente inestimable, en principio, de los “bienes interiores de la persona”, las sugerencias de uno de los más ilustres estudiosos de los derechos de la personalidad:

“Dado que el resarcimiento consiste en la atribución al damnificado de una suma de dinero correspondiente a la medida pecuniaria del bien suprimido o deteriorado, no se ve en qué forma se podría determinar aquella suma cuando no sea posible expresar la medida pecuniaria de dicho bien, lo cual tiene lugar, justamente, respecto de los bienes interiores de la persona (integridad física, libertad, honor, etc.). Lo cierto es que el juez, con su *valorización equitativa* [...] arriba a la medida pecuniaria, incluso de estos bienes; así pues, es su arbitrio equitativo el que supera, por un fin superior de justicia, el intrínseco obstáculo correspondiente a la naturaleza de los bienes, a fin de brindar una reparación que pretende ser, no un equivalente real del bien agredido, sino una compensación genérica de la felicidad personal que fue comprometida”¹⁶³.

Admitidos los criterios de equidad, como indica la doctrina, no hay razones para oponerse a que se tomen en cuenta, para la determinación del monto a conceder, “no sólo la dimensión y la gravedad de los daños, sino también el grado de culpa del agente, la situación económica de éste y del lesionado, así como todas las demás circunstancias que contribuyan para una *solución equitativa*”¹⁶⁴.

159 MORELLI, Sabrina, “*La lesione dei diritti fondamentali della persona come danno-evento di per sé risarcibile*”, en “*Danno e responsabilità*”, 1998, pág. 373.

160 *Ibid.*, pág. 374.

161 NAVARRETTA, Emanuela, “*I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*”, en *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, al cuidado de la misma autora, Giuffrè, Milán, 2004, pág. 13.

162 Sin perjuicio de lo señalado en este punto, el derecho italiano ha mostrado algunos signos de cambio que mueven a la doctrina a presagiar el arribo de los *punitive damages* a este medio. No hace mucho, por ejemplo, en el famoso “caso Barilà”, resuelto por los tribunales de Génova a comienzos del 2003, un individuo que sufrió cárcel por siete años, debido a un error judicial, fue “compensado”, a título de responsabilidad civil, con un monto de casi 4 millones de euros. La referencia es de GALLO, *Diritto privato*, cit., pág. 734 nota (32).

163 DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., pág. 55.

164 DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das obrigações*, 9ª. ed. (2001), reimpresión, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 554 (las cursivas son añadidas). En el mismo sentido: ANTUNES VARELA, Joao de Matos, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª. ed. (2000), 3ª. reimpresión, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 606-607.

Recuérdese, en este punto, el artículo 1332 de nuestro Código Civil (que reproduce el artículo 1226 del Código Civil italiano): “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”.

§. 7 Reglas de responsabilidad civil, tutela inhibitoria y otras formas de protección civilística de los derechos de la personalidad: necesidad de una interacción entre las tutelas.

Una peculiaridad de los temas ligados con la protección jurídica de los derechos de la personalidad, que son situaciones subjetivas que carecen de punto de referencia material y externo, y cuyo objeto no puede ser visto fuera de la esfera del titular (como sí ocurre con la propiedad, por ejemplo)¹⁶⁵ es su vocación por el remedio inhibitorio, es decir, por la necesidad, no tanto de “reprimir” los daños, sino de ponerles freno y, con ello, desincentivarlos.

La doctrina enseña, al respecto, que:

“[L]a exigencia de una eficaz y oportuna protección de los intereses vinculados con los valores fundamentales de la persona ha puesto en evidencia [...] lo insuficiente de una protección puramente resarcitoria, y ha contribuido a trasladar la atención del intérprete, en medida cada vez mayor, del momento de la reparación del daño hacia el momento de su prevención”¹⁶⁶.

Dicha exigencia es percibida en experiencias que, como la italiana, donde se sostiene que:

“[A]un aceptando una noción de derecho a la intimidad que sea la más amplia posible, y aun aceptando que en ésta se comprenden no sólo las hipótesis de derecho subjetivo específicamente previstas por normas legales, sino también una amplia consideración de la posición social del sujeto en el ámbito de la colectividad, se debe reconocer que la protección que el ordenamiento brinda a la intimidad es una protección *represiva y sancionatoria*, sucesiva a la verificación de la lesión. El interés del que se trata requiere, en cambio, una protección *preventiva*, que se oriente a evitar la posibilidad misma de la lesión”¹⁶⁷.

Los instrumentos comunes de protección de los aspectos de la personalidad humana resultarían inadecuados, al ser prioritariamente “reparatorios” y de aplicación posterior, porque “las formas modernas de «agresión» de la persona requerirían (también, y en primer lugar) medidas de protección preventiva, es decir, orientadas a impedir que ocurran los eventos lesivos, que a veces son causa de consecuencias irreparables”¹⁶⁸.

Autorizadamente se señala, entonces, que la protección inhibitoria:

“[R]epresenta la reacción instantánea y natural contra la antijuridicidad de un comportamiento. El *valor jurídico* protegido a través del deber de abstención ajeno, explica de por sí la necesidad de que se hagan cesar los comportamientos que lo transgreden. La inhibitoria, por lo tanto, es el medio adherente a esta fundamental necesidad propia del valor jurídico, la cual se articula en dos aspectos distintos, pero lógicamente homogéneos: como eliminación de las condiciones de hecho que impiden la realización práctica de la situación subjetiva sobre un bien (propiedad u otra situación real) o como represión de los comportamientos que representan la negación de un valor jurídico que se identifica de por sí en una norma”¹⁶⁹.

Con dichas premisas, respecto de un tema moderno como la protección jurídica frente a la manipulación de datos personales, se afirma, contundentemente, que “el instrumento técnico del resarcimiento del daño por equivalente representa sólo la *extrema ratio*, a la cual se puede recurrir en ausencia de medidas de protección preventiva, que sean idóneas para impedir la verificación del daño”¹⁷⁰. Se hace notar, igualmente, que la “recuperación de la responsabilidad civil se explica también

165 Este rasgo de los derechos de la personalidad es destacado por RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 2.

166 BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, *op. cit.*, pág. 682.

167 MIRABELLI, *op. cit.*, págs. 317-318. En la doctrina portuguesa: MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 583.

168 BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, *Diritto civile*, 1-I, *Norme, soggetti e rapporto giuridico* (1987), reimpresión, Utet, Turín, 2001, pág. 143.

169 MESSINETTI, Davide, voz “*Personalità (diritti della)*”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Giuffrè, Milán, 1983, pág. 389. Para el autor (*ivi*, pág. 371) la persona es, justamente, un valor jurídico, y elemento esencial del sistema normativo.

La eficacia de la inhibitoria en lo concerniente a la protección de los derechos de la personalidad en general es destacada, de igual forma, por DOGLIOTTI, “*I diritti della personalità: questione e prospettive*”, *cit.*, pág. 676.

170 GIACOBBE, Giovanni, “*La responsabilità civile per la gestione di banche dati*”, en ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (al cuidado de), *Le banche dati in Italia – Realtà giuridica e progetti di regolamentazione*, Jovene, Nápoles, 1985, págs. 92-93. En igual sentido:

—y se justifica, siempre en aras del principio fundamental de respeto a la dignidad de la persona humana— cuando la protección de la *privacy*, destinada a la salvaguardia de valores fuertes, resulta intransigente. Aquí la protección resarcitoria brinda un elemento de segundo grado para todas las hipótesis en las cuales los instrumentos de protección preventiva no han sido válidos para evitar la producción de un daño o, simplemente, no han sido utilizados¹⁷¹. Y así mismo, que “sería ilusorio confiar al resarcimiento del daño las esperanzas de protección de la *privacy* [...]. La verdadera protección de la *privacy* pasa a través del remedio inhibitorio¹⁷²”.

Con estos elementos ya no deben existir dudas acerca de un punto al que se hizo referencia líneas atrás: los derechos de la personalidad no pueden considerarse protegidos de manera efectiva con la concesión de una suma en dinero, que es, en definitiva, en lo que se concreta la responsabilidad civil. Lo que debe perseguirse, cuando se trata de agresiones a la esfera personal es, ante todo, neutralizar los daños, y evitar, al mismo tiempo, que cobre arraigo la idea de que con dinero es dado restaurar situaciones que son, por naturaleza, irresarcibles.

Hay que seguir, pues, a quien enseña que la inhibitoria resulta “absolutamente necesaria cuando el perjuicio que el sujeto lamenta no está en un agravio ya producido (y cuyas consecuencias materiales no puedan ser fácilmente eliminadas), sino en el peligro de que dicho agravio se vaya a verificar o se perpetúe, en el futuro inmediato. Aquí lo que preocupa es el futuro, no el pasado¹⁷³”.

Consecuencia de ello es también que el juicio de responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad se concentre preeminentemente —como ya se ha anotado— en el rubro de los daños morales.

Resulta incongruente, entonces, que las personas que lamentan agravios contra su intimidad pretendan continuamente exageradas sumas a título de “reparación civil”, de la mano con sendas denuncias penales, como la formulada en el caso “Magaly Medina”. Con el otorgamiento de dichos montos no se resolvería nada. Lo único que se conseguiría es que este “resarcimiento” recobre exclusivamente, y malformadamente, aquella función sancionatoria que se le reconocía en épocas remotas, si no es también aquel cariz vindicativo que las penas de carácter pecuniario poseían —y siguen teniendo en otras realidades, como se ha visto— en los albores de la sociedad civil.

No puede no reconocerse, finalmente, el mérito de los autores de las *Propuestas de reforma del Código Civil* —recientemente publicadas¹⁷⁴—, que han sugerido modificar el actual artículo 17 en estos términos:

“1. La amenaza o vulneración de *derechos inherentes a la persona* confiere al agraviado o a quien tenga legítimo interés el derecho a solicitar *que se evite o suprima la actividad generadora del daño*. Queda a salvo la pretensión de indemnización por el daño causado”.

En la exposición de motivos que acompaña las *Propuestas* se indica que la tutela inhibitoria procederá cuando exista peligro de la verificación de un daño o cuando se produzca un daño continuado, que no ha terminado, o cuando exista el peligro de que éste se repita. Así se superaría el límite del texto vigente del citado artículo, en el cual se hace referencia sólo a la “cesación de los actos lesivos”.

Con esta previsión, por lo tanto, creo que es fundado esperar un futuro desarrollo de la protección inhibitoria entre nosotros.

COMANDÉ, Giovanni, “Privacy informatica: prospettive e problemi”, en “Danno e responsabilità”, 1997, págs. 146-147.

171 BUSNELLI, Francesco Donato, “Spunti per un inquadramento sistematico”, en “Tutela della privacy (l. 31 dicembre 1996, n. 675)”, a su vez en “Le Nuove leggi civili commentate”, 1999, pág. 230.

172 PARDOLESI, Roberto, “Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali”, en *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, al cuidado del mismo autor, vol. I, Giuffrè, Milán, 2003, págs. 27-28.

173 DI MAJO, Adolfo, voz “Tutela (diritto privato)”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLV, Giuffrè, Milán, 1992, pág. 388.

174 Separata Especial del Diario Oficial “El Peruano”, edición del martes 11 de abril de 2006.

§. 8. Consideraciones conclusivas.

La ausencia de una cultura y conciencia colectiva sobre la protección jurídica efectiva que merecen los derechos de la personalidad, hoy masivamente reconocidos en la Constitución, puede ser estimulada con un uso judicial eficaz, y preordenado, de las reglas de responsabilidad civil.

Este uso que se promueve, y que aspira al empleo de reglas del derecho civil para el refuerzo de las garantías constitucionales, tropieza con obstáculos locales como la ausencia de una adecuada difusión, entre los operadores jurídicos, de los aspectos de desincentivación y sanción que presenta la responsabilidad civil.

Los aspectos que se acaban de subrayar son ideales para someter a examen, desde la perspectiva de la responsabilidad civil, la difusa actividad de los medios de comunicación que suelen inmiscuirse en la vida íntima de los sujetos.

Renovada, o más bien recobrada, la concepción del daño moral como lesión de los derechos de la personalidad, será necesario incidir en los mecanismos que permitan lograr una cuantificación equitativa de la atenuación pecuniaria a concederse en el ámbito judicial. A este propósito podría coadyuvar, en ulterior renovación, la difusión y educación sobre los criterios de determinación propios de las "penas privadas", que se han ganado un lugar en el mundo del derecho civil.

Lima, noviembre de 2006

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL
Caso “Magaly Medina”

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA

RESOLUCION
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3301 - 04 LIMA

Lima, veintiocho de abril de dos mil cinco.

VISTOS: Oído el informe oral del abogado César Nakasaki Servigón por los sentenciados impugnantes, y del defensor de la parte agraviada; de conformidad con el dictamen del Fiscal Supremo; por los fundamentos pertinentes de la resolución recurrida, y **CONSIDERANDO** además: **Primero.-** Que es materia de grado la sentencia de fecha cuatro de junio de dos mil cuatro, que confirmando la apelada, condena a Magaly Jesús Medina Vela y Ney Víctor Guerrero Orellana, por el delito contra la libertad –Violación a la intimidad–, en agravio de Mónica Edith Adaro Rueda, a cuatro años de pena privativa de la libertad y fija en cincuenta mil nuevos soles por reparación civil solidaria. **Segundo.- Agravios contra la garantía de defensa procesal.** Los impugnantes, denuncian que la sentencia adolece de nulidad parcial, por atentar contra las garantías de defensa procesal, al no haberse motivado en su parte considerativa el argumento central de su defensa técnica consistentes en: a) que los actos de prostitución clandestina no son objeto de protección por el derecho a la intimidad y b) que el trabajo periodístico de *vedettes* dedicadas a la prostitución clandestina es un acto de ejercicio del derecho a la libertad de prensa: artículo ciento treinta y nueve inciso cinco numeral catorce de la Constitución Política del Estado, artículo doce de la Ley Orgánica del Poder Judicial artículo once inciso uno de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo catorce inciso tercero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo ocho inciso dos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **Tercero, Agravios por falta de motivación y al principio de legalidad.** Los impugnantes sostienen asimismo que, se ha vulnerado el principio de legalidad (artículo segundo inciso veinticuatro apartado d) de la Carta Política), porque: el hecho objeto de la acusación privada no es delito por falta de tipicidad, al no poderse encuadrar en el supuesto del hecho típico del artículo ciento cincuenta y cuatro del Código Penal; por una indebida aplicación del artículo segundo inciso séptimo de la Constitución y del artículo catorce del Código Civil, al reconocerse implícitamente en la sentencia que un acto sexual realizado como práctica de prostitución clandestina se encuentra dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad; y por inaplicación del artículo segundo inciso cuatro de la Constitución y del artículo veinte inciso ocho del Código Penal, al no reconocerse que el trabajo periodístico “*vedettes* dedicadas a la prostitución” constituye una causa de justificación de ejercicio del derecho a la libertad de información. **Cuarto.-** Que, examinada la recurrida se advierte que, el ad quem ha motivado el fallo en forma congruente y con arreglo al proceso y a la ley. Una resolución expedida de tal

manera ha cumplido con la finalidad de dar respuesta adecuada a la petición (agravios) de los justiciables impugnantes; pues, se ha examinado la prueba producida y contrastada fáctica y dogmáticamente, como es el video “Prostivedettes” y los diálogos transcritos; las declaraciones de los denunciados admitiendo haber procedido sin autorización a filmar las escenas sexuales de la agraviada. Se concluye entonces que, existe material probatorio idóneo, suficiente e incontrovertible de la comisión del delito contra la intimidad previsto en el artículo ciento cincuenta y cuatro del Código Penal, así como la responsabilidad penal de los denunciados. Ante la presencia de tal calidad de elementos probatorios, se declara improcedente la denuncia sobre falta del derecho a probar la falta de antijuricidad de los hechos. Ante tal dimensión de evidencias, la existencia o no de una consulta jurídica favorable que dicen los procesados haber obtenido previamente a la propalación del video, en nada hará variar el sentido de la presente resolución, al estar acreditada la manera provocada, vejatoria e innecesaria con la que han actuado (malicia calificada). **Quinto.- Fundamentos del derecho a la intimidad.** Queda claro entonces, que la difusión televisiva de las escenas sexuales íntimas de la agraviada, no estaban de ningún modo justificadas por una exigencia informativa, en cuanto se estima que el derecho de información tiene relevancia jurídica solamente en los límites de la utilidad social y de la esencialidad y modales civilizados de la noticia. Con tales parámetros no se trata de “bloquear” la expresión de la libertad fundamental de la información, sino por el contrario, apoyados en el Código deontológico de los periodistas, hacer que ella se desenvuelva según las características que le son propias, actuando así el balance de los intereses contrapuestos. **Sexto.- Conflictos de derechos fundamentales.** La doctrina informa además que, el derecho de información no es absoluto, pues ningún derecho lo es, y ha de coexistir -pacíficamente- con otros derechos fundamentales. En efecto, a partir de la Constitución Política se establece que, cuando del ejercicio de tales libertades resulten afectados la intimidad y honor de las personas, nos encontramos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, que para resolverlo deberá recurrirse a los baremos siguientes: a) la no existencia de derechos fundamentales absolutos, ni de límites absolutos a estos, b) la delimitación de los derechos enfrentados, distinguiendo entre la libertad de información y de expresión, por un lado y el derecho a la intimidad personal, por otro, c) la importancia de los criterios de ponderación y, d) la especial consideración de penetrar, dolosa y abusivamente, en la intimidad personal. En tal virtud, en lo que se refiere a este derecho, y su relación con el derecho a la información, ciertamente los preceptos del Código Penal conceden una amplia protección a la primera mediante la tipificación contenida en el artículo ciento cincuenta y cuatro, protección que se sustenta y responde a los valores consagrados en la Constitución Política. **Séptimo.- Los criterios de pon-**

deración., Es reiterada jurisprudencia de los Tribunales constitucionales internacionales y del Tribunal europeo de derechos humanos, afrontar las colisiones entre derechos fundamentales tratando de salvaguardarlos en sus colisiones, para buscar que ambos se puedan desarrollar sin que uno de ellos desaparezca. Por ello los operadores del derecho ponderarán (de *pondus*, peso), pesarán o sopesarán, los derechos en cuestión para que prevalezcan uno y otro al máximo, dentro de lo posible, valiéndose en lo posible del criterio de proporcionalidad; por consiguiente, a la hora de ponderar el derecho a la información periodística frente al de intimidad –como en el caso de autos–, se ha de considerar tres criterios convergentes: el tipo de libertad ejercitada, el interés público existente, y la condición de personaje público o privado del ofendido: añadiéndose además, el especial “peso específico de los principios ideológicos de una verdadera sociedad democrática”. **Octavo.**- Si la información no es de interés público –no estamos pues ante un hecho noticiable–, se invierte lógicamente la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la intimidad, con independencia de que la persona afectada sea pública o privada. Se protegen, pues, las relaciones privadas cuyo interés para la formación de la opinión pública de una sociedad democrática, es nulo. El criterio de prevalencia de la formación de la opinión pública actúa cuando se ejerce por cauces normales, caso contrario, declina el valor preferente del derecho a la información. Desaparece por tanto el fundamento de la prevalencia y, por ende, la prevalencia misma. **Noveno.**- Que, en el caso materia de incriminación se evidencia una injerencia ilegítima a la intimidad: pues, el reportaje televisado “Las Prostitutees” exhiben a Mónica Adaro Rueda manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino. Que filmaciones de tal naturaleza constituyen formas de cómo se puede penetrar y quebrantar las fronteras del entorno de la intimidad propia de cada persona, ya que evidentemente no era una información de interés público. Más reprobable y desvalorada resulta la conducta sub examen, al haber reconocido los propios sentenciados que provocaron el encuentro sexual instruyendo al llamado “contacto” para que oficie de investigador. **Décimo. Libertad de información y hechos verdaderos alegados por los sentenciados (prostitución clandestina).** Se plantea en tal dimensión, la cuestión relativa a si también se puede lesionar la intimidad de una persona imputándole hechos que le perjudiquen, aunque sean verdaderos. La jurisprudencia constitucional española tiene por ejemplo establecido que la imputación de un hecho verdadero, ausente de todo interés público, supone la intromisión en la intimidad de una persona privada, por no estar amparada por el derecho a la libertad de información veraz sobre hechos noticiables con relevancia pública. Por tales fundamentos, se declara improcedente la denuncia por supuesta violación a la libertad de información y al principio de legalidad que denuncian los impugnantes. Pues la vedette Mónica Adaro no era personaje público, ni la prostitución clandestina era un delito que merecía tal propalación televisiva, habida cuenta que dichas prácticas son toleradas socialmente. **Décimo primero.**- El derecho a la prueba, ha sido ampliamente garantizada a los denunciados. Así aparece de la secuela del proceso, y de los alegatos

de la Defensa, como se advierte por ejemplo de las Conclusiones del informe oral del abogado defensor corriente a fojas mil treintiséis, con profusión de citas de autores tratando de demostrar que los hechos imputados contra la intimidad no son antijurídicos. Sin embargo, para nosotros la doctrina más autorizada que nos permite solucionar el conflicto entre los citados derechos fundamentales, es la expuesta por: A.M. Romero Coloma: Libertad de información frente a otros derechos fundamentales; España, dos mil.- David Ortega Gutiérrez: Derecho a la información versus Derecho al honor: mil novecientos noventa y nueve, Madrid. Tomás Vidal Marín: El derecho al honor y su protección desde la constitución española; Madrid, dos.- Rafael Sarazá Jimena: Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen; España, mil novecientos noventicinco.- Guillermo García Alcalde: El valor social de la información un concepto a objetivar: Madrid, mil novecientos ochentisiete.- José Luis Concepción Rodríguez: Honor, intimidad e imagen; Barcelona, mil novecientos noventiséis.- Sobre técnica de ponderación del Tribunal Constitucional español, ver: Manuel Pulido Quccedo: La constitución española, con jurisprudencia; Pamplona, mil novecientos noventiséis.-Antonio Jiménez-Blanco (coord.): Comentario a la Constitución. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid, mil novecientos noventicinco. Como ejemplos de personajes públicos, en Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español; ver: Carmen Chinchilla Marín: El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Honor, intimidad y propia imagen, en Cuadernos de Derecho Judicial; Madrid, mil novecientos noventiséis. **Décimo segundo.**- Finalmente debemos expresar que dada la gravedad y dañosidad personal y social que produjo la citada filmación propalada a través de un canal de televisión de señal abierta, la pena y reparación civil ha debido de ser más ejemplificadora; empero, como la parte civil no impugnó dichos extremos, no es posible la reforma en peor –reformatio in peius y/o del *tantum appellatum, tantum devolutum*–. Por tales consideraciones: Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas mil doscientos diecisiete, su fecha cuatro de junio de dos mil cuatro, que confirmando la sentencia apelada de fojas mil ciento sesenta, su fecha veintitrés de octubre de dos mil tres, condena a Magaly Jesús Medina Vela y Ney Víctor Edgardo Guerrero Orellana, por el delito contra la libertad-violación de la intimidad, en agravio de Mónica Edith Adaro Rueda, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el término de tres años; impone ciento ochenta días multa; y fija en cincuenta mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberán los sentenciados en forma solidaria a favor de la agraviada; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS. GONZALES CAMPOS R.O; BALCÁZAR ZELADA; BARRIENTOS PEÑA; VEGA VEGA; PRÍNCIPE TRUJILLO.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 6712-2005-HC/TC
LIMA
MAGALY JESÚS MEDINA VELA
Y NEY GUERRERO ORELLANA

En Lima, a los 17 días del mes de octubre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Magaly Jesús Medina Vela y por don Ney Guerrero Orellana contra la Resolución de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 6 de julio de 2005, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

a. Demanda

Con fecha 31 de mayo de 2005, los recurrentes interponen demanda de hábeas corpus contra los miembros de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, señores Robinson Gonzáles Campos, José María Balcázar Zelada, Pastor Barrientos Peña, César Vega Vega y Hugo Príncipe Trujillo, solicitando que se declare la nulidad del proceso penal seguido en su contra hasta la fase de instrucción.

Sostienen que acuden al hábeas corpus porque se configura la violación del derecho a la libertad personal por haberse negado la tutela procesal efectiva cuando se vulnera su derecho a la probanza y a la defensa. Consideran que tales transgresiones se produjeron a través de las tres resoluciones judiciales firmes en el proceso penal seguido en su contra (las expedidas en el 2003 por el Trigésimo Noveno Juzgado Penal, en el 2004 por la Sexta Sala Penal Superior y en el 2005 por la Primera Sala Penal Suprema Transitoria).

Expresan que se contraviene su derecho a probar puesto que, habiendo presentado testimoniales (tanto del asesor legal del canal como del administrador del mismo), nunca fueron admitidas ni rechazadas por el juez. La importancia de tales medios se centraba en que, antes de emitir el reportaje materia del proceso penal que se siguió en su contra, ellos fueron asesorados por abogados, los cuales les aseguraron que no se afectaba el derecho a la intimidad de la 'vedette' con la emisión

del mencionado reportaje. Justamente, al no tomarse en cuenta los medios probatorios ofrecidos, consideran que se les ha impedido probar el error de prohibición en sus actos, lo cual llevaría no exactamente a la antijuricidad, sino a la exclusión de culpabilidad. Asumen que tampoco el juez pudo establecer la existencia de tales medios como prueba inútil, pues ésta se configura cuando los hechos alegados no requieren probanza por ser demasiado obvios.

Asimismo, alegan la afectación al derecho a la defensa, pues el juzgador nunca se pronunció sobre el extremo que plantearon como mecanismo de defensa en la declaración instructiva. Éste se refiere a que, al haber propalado un vídeo que probaba la existencia de prostitución ilegal, no se pudo afectar la intimidad de la querellante.

b. Declaraciones instructivas de los demandados

Con fecha 7 de junio de 2005 se toma la declaración de los cinco vocales demandados, los mismos que niegan los presupuestos del hábeas corpus formulado.

Consideran que actuaron dentro del marco de la ley, y como parte de su independencia funcional como jueces. Afirman, además, que la sentencia está debidamente motivada.

c. Resolución de primera instancia

Con fecha 10 de junio de 2005, el Decimotercer Juzgado Penal de Lima declara infundada la demanda por los siguientes motivos:

- i. La Ejecutoria Suprema fue expedida dentro de un proceso regular.
- ii. Se han respetado las garantías del debido proceso, pues los demandantes contaron con defensa y pluralidad de instancias.
- iii. No corresponde aceptar la inhibición planteada por los demandantes, tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 52º y por el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en concordancia con el artículo 305º del Código Procesal Civil. El pedido fue declarado inadmisibles.

d. Resolución de segunda instancia

Con fecha 6 de julio de 2005, la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima confirma la sentencia, argumentando que:

- i. Con respecto al tema de fondo, lo que pretende la demanda es cuestionar el pronunciamiento emitido por el órgano jurisdiccional.
- ii. Sí se aprecia en la resolución cuestionada una

correcta valoración de los medios probatorios ofrecidos por los demandantes.

- iii. La inhibición, por su parte, al no estar permitida en el Código Procesal Constitucional, debe ser declarada improcedente.

III. DATOS GENERALES

* Violación constitucional invocada

La demanda de hábeas corpus fue presentada por doña Magaly Jesús Medina Vela y por Ney Guerrero Orellana y la dirigen contra los vocales de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, señores Robinson Gonzáles Campos, José María Balcázar Zelada, Pastor Barrientos Peña, César Vega Vega y Hugo Príncipe Trujillo.

El acto lesivo se refiere a la expedición de la Resolución en el Recurso de Nulidad N.º 3301-04, de fecha 28 de abril de 2005, en la cual se declara no haber nulidad en la sentencia de fecha 4 de junio de 2004, la misma que condena a los demandantes a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente por el término de tres años, por la comisión del delito contra la libertad–violación de la intimidad.

* Petitorio constitucional

Los demandantes alegan la afectación de los derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva (artículos 139º, inciso 3, de la Constitución, y 4º del Código Procesal Constitucional) –en correspondencia con la libertad personal (artículo 2º, inciso 24, de la Constitución)–, en lo referido al derecho a probar (artículo 139º, inciso 3, de la Constitución) y al derecho a la defensa (artículo 139º, inciso 14, de la Constitución).

Sobre la base de esta vulneración, solicitan lo siguiente:

- Nulidad del proceso penal hasta la fase de instrucción a fin de que se les permita probar el hecho postulado como defensa material.
- Nulidad del proceso penal hasta la fase de instrucción a fin de que el juez penal en la sentencia se pronuncie sobre el argumento de defensa técnica.

* Materias constitucionalmente relevantes

Con el fin de responder correctamente a las inquietudes de los demandantes, y determinar los límites de la independencia de los jueces al momento de determinar sus sentencias, en esta sentencia se desarrollarán los siguientes acápites:

- ¿Qué implica la utilización del proceso constitucional de hábeas corpus en el presente caso? Por ende,
- ¿Un juez constitucional puede inhibirse?
- ¿Cuándo una resolución puede considerarse

firme?

- ¿De qué forma ha de realizarse un análisis de la tutela procesal efectiva?
- ¿Se ha llegado a afectar el derecho a probar de los recurrentes? Por lo tanto,
- ¿Cuál es el ámbito constitucionalmente protegido de este derecho?
- ¿La supuesta violación del derecho a la prueba tiene relación directa con la responsabilidad de los recurrentes?
- ¿Cuáles son los elementos de análisis respecto a la supuesta violación de esta parte de la tutela procesal efectiva?
- ¿Existe alguna vulneración del derecho a la defensa? En tal sentido,
- ¿Cómo se habrá de entender la defensa técnica y en qué sentido se habrá de conectar con un test de razonabilidad?
- ¿Por qué es necesario entender el significado constitucional de los derechos a la información y a la vida privada para resolver este extremo de la demanda?
- ¿De qué manera se inserta la determinación de existencia de prostitución clandestina en el acto ponderativo entre información y vida privada?
- ¿Qué consecuencias genera la presentación de una demanda como la planteada en el presente caso?

IV. FUNDAMENTOS

1. La presente demanda de hábeas corpus cuestiona la validez del proceso penal llevado a cabo contra los actores por el delito contra la intimidad, prescrito taxativamente en el artículo 154º del Código Penal. La materia de análisis constitucional versa sobre la declaratoria de responsabilidad de los querellados (ahora demandantes en el proceso constitucional) en sede judicial. La determinación de culpabilidad de los coinculpados se asienta en hechos claramente establecidos que no pueden ser objeto de análisis por parte de este Colegiado, sino que se asumen como válidos, al estar definido su vigor en sede judicial.

El día 31 de enero de 2000, en el programa televisivo Magaly TV, se transmitió un vídeo editado que contenía imágenes que revelaban datos íntimos de doña Mónica Adaro Rueda (querellante en el proceso penal), y se le apreciaba manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino, identificado posteriormente como don Eduardo Martín Arancibia Guevara. Tal reportaje fue anunciado como ‘Las Prostivedettes’, y fue difundido a través de un canal de televisión de señal abierta. En el curso del proceso penal, se estableció que fueron los querellados, el productor del programa (don Ney Guerrero Orellana) y la conductora del mismo (doña Magaly Jesús Medina Vela), quienes contrataron a la persona que se aprecia en las imágenes para que indujera a la querellante a mantener relaciones

sexuales por medios que son objeto del reportaje televisivo. Para el plan de los denunciados se contó con el previo ocultamiento de los dispositivos de filmación y grabación de audio en el ambiente en el cual iban a mantener relaciones sexuales.

Sobre la base de estos hechos, y tras la sanción penal de los querellados, son ellos mismos los que acuden ante esta instancia constitucional para que se analice en esta sede si hubo vulneración, o no, de sus derechos fundamentales.

A. IMPLICANCIAS DE LA UTILIZACIÓN DEL HÁBEAS CORPUS EN EL PRESENTE PROCESO

1. Según la Constitución, todo acto u omisión que vulnere o amenace la libertad personal o algún derecho conexo a ella amerita la presentación de una demanda de hábeas corpus por quien se sienta afectado (artículo 200°, inciso 1). Y, tal como lo prescribe el Código Procesal Constitucional, se considerará como derecho conexo a la libertad personal el referido a la tutela procesal efectiva (artículo 4°).

Por tal razón, es pertinente que se plantee la presente demanda de hábeas corpus sobre la base de una supuesta vulneración del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva de los demandantes, por lo que este Colegiado se encuentra habilitado para responder a las inquietudes formuladas sobre la base de un análisis estricto y *pro homine* de la resolución judicial cuestionada. Sin embargo, existen algunas cuestiones que deben resaltarse y detallarse respecto al análisis jurídico de la formulación de este tipo de hábeas corpus restringido.

§1. La inhibición del juez

2. El primer tema a resolver se refiere a la capacidad del juzgador para intervenir en un proceso de hábeas corpus. Al respecto, los demandantes alegan que la jueza de primera instancia del proceso constitucional no es imparcial, pues ha hecho público su punto de vista respecto a los procesados:

La señora magistrada a cargo del proceso ha manifestado una evidente animadversión hacia el presente proceso. Su malestar frente a este proceso y sus partes se evidencia del siguiente dicho: 'No me gusta la prensa, no me gusta Magaly, no me gustan los Supremos', frase que manifestó el día de ayer a horas 8:30 a.m., en la oficina de la secretaría cursora de esta causa y en presencia de la señorita abogada Isela Valdez Savid, quien ejerce conjuntamente el patrocinio de los accionantes¹.

Aun cuando no lo expresen claramente, los recurrentes solicitan que la magistrada se inhiba de seguir conociendo el hábeas corpus incoado.

3. El principal argumento que sostienen está referido a la independencia que debe tener todo juzgador a la hora de resolver un proceso. Sobre la base del artículo 139°, inciso 2 de la Constitución (que garantiza la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional), aducen que no puede aceptarse que un juez pueda emitir juicios de valor sobre las partes de un proceso.

Sin embargo, debe anotarse que, como derecho fundamental, también los principios de la función jurisdiccional tienen límites. Por ello, es necesario determinar si en los procesos de hábeas corpus existe alguna restricción referida a tal principio, pues sólo así se justificaría que se haya determinado la imposibilidad de la inhibición de la magistrada.

4. Razona la propia jueza, cuando emite la sentencia de primera instancia respecto al presente hábeas corpus, que la inhibición planteada no resulta amparable. Se sustenta en lo dispuesto en el artículo 305° del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 52° del Código Procesal Constitucional. Sobre tal base declara inadmisibles la inhibición², aunque en segunda instancia se reforma este extremo de la sentencia y se le declara improcedente. Pero ante ello se debe responder a la interrogante acerca de si una solución de este tipo está permitida por las normas procesales sobre la materia.

Por la peculiaridad que tiene el proceso de hábeas corpus, se ha dispuesto la existencia de normas procesales especiales que rijan su desarrollo. El artículo 33°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional expresa que:

Este proceso somete además a las siguientes reglas: (...) No caben excusas de los jueces ni de los secretarios (...).

Es decir, explícitamente se ha determinado, en aras de la celeridad del proceso de hábeas corpus, que los jueces constitucionales no puedan alejarse del ejercicio de su función jurisdiccional. Por ello, en el presente caso, no correspondía, por incompatible, aplicar el Código Procesal Civil para pedir que la jueza se inhiba –o, excuse, usando la terminología del Código Procesal Constitucional– del conocimiento de la causa.

Por ello, es valedero el pronunciamiento realizado por la jueza al respecto. Lo que no es válida es la utilización de las normas detalladas en su sentencia. Se usan dispositivos previstos explícitamente para el caso del amparo o para procesos civiles, lo cual no puede ser aceptable tomando en consideración que el hábeas corpus, en tanto proceso constitucional y por su carácter de tutela de extrema urgencia, tiene reglas sumamente especiales y plazos muy breves, que han sido claramente determinadas por el legislador.

1 Escrito del abogado de los demandantes del hábeas corpus (fs. 142, 43 del Expediente).

2 Sentencia del Decimotercer Juzgado Penal de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 165 del Expediente).

Por lo tanto, el pedido de inhibición planteado por los reclamantes debe ser declarado improcedente.

5. Conviene en este tramo mencionar qué caminos proporciona el propio Código Procesal Constitucional a las personas que cuestionan la independencia de un magistrado que resolverá un caso en el cual pueden verse perjudicadas.

Según una interpretación oportuna del artículo 33°, inciso 1, del mencionado cuerpo normativo, puede interponer pedido de recusación el propio afectado (o su representante legal). Es decir, los recurrentes tuvieron la capacidad de recusar a la jueza que vio su caso, si es que se consideraban perjudicados con su actuación. De lo que consta en autos, dicho pedido nunca fue realizado.

§2. La firmeza de la resolución

6. Como segundo tema, debe precisarse que se considera como una resolución firme. Ello porque los recurrentes alegan criterios que implicarían una grave desatención respecto a cuáles son los fallos judiciales que pueden ser materia de un proceso constitucional.

A su entender, cada una de las tres resoluciones emitidas en el proceso penal que se siguió en su contra (sentencia condenatoria, sentencia confirmatoria y sentencia no anulatoria) tienen la condición de firmes³. Sin embargo, han interpuesto el hábeas corpus tan sólo contra la última de ellas.

Corresponde, entonces, dejar sentado con claridad qué habrá de entenderse por 'resolución judicial firme'; más aún si de una explicación errada puede concluirse que contra cualquier sentencia judicial se podría interponer una demanda de este tipo, desnaturalizando la función de control constitucional de este Colegiado, que quedaría convertido en una instancia judicial más.

7. Según el mencionado artículo 4° del Código Procesal Constitucional, sólo cabría la presentación de una demanda de hábeas corpus por violación de la tutela procesal efectiva cuando existe una 'resolución judicial firme'.

La firmeza de las resoluciones judiciales está referida a aquel estado del proceso en el que no cabe presentar medio impugnatorio y, por lo tanto, sólo cabrá cuestionar la irregularidad de la actuación judicial a través del control constitucional. Por lo tanto, la inexistencia de firmeza comporta la improcedencia de la demanda que se hubiese presentado, tomando en cuenta la previsión legal expresada en el mencionado código.

Por ende, ni la sentencia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado Penal, ni la emitida por la Sexta Sala Penal Superior de Lima en el proceso penal seguido por delito contra la intimidad, podrán considerarse firmes. Si lo será la emitida en la Corte Suprema y es solamente contra ella que se entenderá presentada la demanda de

³ Claramente establecido en la Demanda de hábeas corpus (fs. 7 del Expediente).

hábeas corpus.

§3. El control constitucional de la tutela procesal efectiva

8. La tutela procesal efectiva como derecho protegible dentro del ordenamiento constitucional tiene un claro asidero en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, reconduciendo y unificando lo dispuesto en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución, pues en éste se incluye separadamente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial.

La presente demanda de hábeas corpus se ha planteado sobre una supuesta vulneración de dos derechos-reglas pertenecientes a un derecho-principio más amplio. Se alega que se ha violado el derecho a probar y el derecho a la defensa técnica, pero ambos como ámbitos de la tutela procesal efectiva.

9. Con relación a ello, es un hecho sin duda significativo que la jurisdicción ordinaria, cuando resuelve un proceso constitucional –y así ha sucedido en el presente hábeas corpus– enfatice que se ha respetado irrestrictamente el derecho a la tutela procesal efectiva aduciendo, casi siempre invariablemente, la regularidad en la tramitación del proceso. No se hace uso de argumentos constitucionales, sino, tautológicamente, de fórmulas propositivas que reiteran que el cuestionado es un proceso regular que, precisamente, está siendo criticado por el supuesto incumplimiento irrestricto de su regularidad.

En el caso de autos, los vocales demandados señalan que la causa penal la resolvieron dentro de los límites y formalidades que señala la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴, que su decisión es correcta desde el punto de vista sustantivo penal⁵, y que no han violentado derecho o garantía constitucional alguno que amenace la libertad⁶. Adicionalmente, manifiestan que

Este fallo fue recurrido (respeto a la pluralidad de instancias) y el caso llegó hasta la Corte Suprema, de modo que tampoco se produjo la afectación a la 'defensa procesal' como lo denomina la contraria. Pese a ello, ¿cuál es su pretensión?: ¿la nulidad del proceso! ¿No existe acaso el recurso previsto en el ordenamiento procesal ordinario? ¿No han hecho valer, los demandantes, los medios impugnatorios contra las sentencias?⁷.

⁴ Toma de declaración de los vocales supremos, señores Pastor Adolfo Barrientos Peña (fs. 119 del Expediente), Hugo Príncipe Trujillo (fs. 123 del Expediente) y José María Balcázar Zelada (fs. 126 del Expediente).

⁵ Toma de declaración de vocal supremo César Javier Vega Vega (fs. 125 del Expediente).

⁶ Toma de declaración de vocal supremo Robinson Octavio Gonzales Campos (fs. 122 del Expediente).

⁷ Apersonamiento y absolución de traslado de la demanda de hábeas corpus por parte del Procurador Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial (fs. 160 del Expediente).

Este Tribunal estima imperativo advertir que estos problemas de argumentación no solamente quedan a nivel de los demandados, sino también se presentan en las resoluciones emitidas por los magistrados constitucionales. El juez de primera instancia señala también que 'la Ejecutoria Suprema se ha expedido en el ámbito de un proceso regular', toda vez que su pretensión es una valoración jurídica de los hechos materia del recurso de nulidad, y de esta forma los juzgadores llegaron a la plena convicción de la responsabilidad de los acusados⁸. La Sala Superior, por su parte, respecto a la sentencia impugnada, precisa que:

(...) se aprecia que tal pronunciamiento judicial ha sido producto de un proceso penal regular seguido en su contra, al interior del cual tuvieron la posibilidad de ejercer todo el conjunto de derechos y facultades con las que se hallaban investidos a fin de demostrar su inocencia y en el cual no se advierte vulneración alguna a sus derechos como alegan (...)⁹.

De ello que se puede observar que, tanto los demandados como los juzgadores judiciales han determinado que no se ha afectado de la tutela procesal efectiva por considerar que el proceso ha sido llevado de manera regular, respetándose el derecho a la defensa o la pluralidad de instancias. Sin embargo, no se realiza argumentación alguna del por qué el examinador llega a esta conclusión.

10. Según el artículo 139°, inciso 5, de la Constitución, toda resolución que emita una instancia jurisdiccional (mandato que no se restringe a los órganos del Poder Judicial, sino también a toda entidad que resuelva conflictos, incluido el Tribunal Constitucional) debe estar debidamente motivada. Ello significa que debe quedar plenamente establecida a través de sus considerandos, la *ratio decidendi* por la que se llega a tal o cual conclusión. Pero una resolución, como la que se observa en el proceso constitucional que se está resolviendo, en que no se precisan los hechos, el derecho y la conducta responsable, ni tampoco se encuentra razón o explicación alguna del por qué se ha resuelto de tal o cual manera no respeta las garantías de la tutela procesal efectiva. La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental

8 Sentencia del Decimotercer Juzgado Penal de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 166, 167 del Expediente).

9 Sentencia de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 231b, 232 del Expediente).

para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva.

Además de considerarla como principio y garantía de la administración de justicia, este Colegiado ha desarrollado su contenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1230-2002-HC/TC, donde se precisó que lo garantizado por el derecho es que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica. Además, en la sentencia recaída en los Expedientes N.º 0791-2002-HC/TC y N.º 1091-2002-HC/TC, se afirmó, entre otras cosas, que la motivación debe ser tanto suficiente (debe expresar por sí misma las condiciones que sirven para dictarla y mantenerla) como razonada (debe observar la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los factores que justifiquen la adopción de esta medida cautelar). Lamentablemente, nada de esto se cumple en las resoluciones emitidas en los órganos jurisdiccionales que han resuelto el presente hábeas corpus, puesto que ni siquiera se ha respondido a las pretensiones de los recurrentes.

Aparte de la violación de la debida motivación, no puede permitirse ligerezas de este tipo en un Estado social y democrático de derecho, máxime si la vigencia efectiva de los derechos constitucionales es el fin esencial de los procesos constitucionales, tal como lo señala el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En tal sentido, tampoco puede considerarse como adecuado razonamiento de la judicatura de que no pueda criticarse lo resuelto en el Poder Judicial por estar dentro del marco de las atribuciones judiciales. No puede alegarse tal inexistencia de violación sin que se desvirtúen específicamente los argumentos que los recurrentes alegan. Responder judicialmente de esta manera significa confeccionar en la sentencia un simple eufemismo procesal. No puede aceptarse que, al momento de administrar justicia, se señale que no existe vulneración a la tutela judicial efectiva porque se observa la existencia de un indeterminado 'proceso regular', sin que se explique por qué ni cómo éste es 'regular', pues es justamente esta 'regularidad' la que está siendo materia de control por la judicatura constitucional, y una falta de respuesta motivada al respecto constituye un ejercicio contrario a la función de administrar justicia. Quien demanda debe demostrar la irregularidad (máxime si se toma en cuenta la ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales prevista en el artículo 9° del Código Procesal Constitucional), y quien sentencia, descartarla o acreditarla, pero siempre asumiendo la presunción de constitucionalidad de los actos jurisdiccionales.

11. Por ello, es necesario que este Colegiado analice cada uno de los argumentos vertidos por los demandantes respecto a la vulneración de la tutela procesal efectiva en el proceso penal seguido en su contra, básicamente en la sentencia emitida por la Corte Suprema.

El estudio concreto de las dos violaciones

aducidas (falta de análisis de las pruebas o carestía de observación de los medios de defensa) podrá franquear una conclusión conveniente respecto a lo pedido por los demandantes. Si el requerimiento es aceptable, podrá declararse fundada la demanda, sin que ello signifique una intrusión en los fueros judiciales. Pero si, por el contrario, lo solicitado tiene por finalidad concretar una artimaña jurídica, no sólo se podrá declarar infundada la demanda, sino que incluso se podría tratar de poner un coto a ejercicio procesales abusivos de este tipo.

Pero lo que no puede permitirse—conviene insistir—, es que sin que se efectúe un análisis de fondo se llegue a conclusiones apresuradas que no hacen bien al fortalecimiento de la justicia en el país. Por ende, debe responderse directamente y con exactitud cada uno de los argumentos esgrimidos por los demandantes.

B. EL ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS OFRECIDAS EN EL PROCESO PENAL

12. Los recurrentes alegan que durante el desarrollo del proceso penal en que se les sanciona por su responsabilidad en el delito de violación de intimidad, se ha vulnerado su derecho a probar:

Cuando en las instructivas negamos la imputación de delito de violación de la intimidad, postulamos como defensa material el hecho del asesoramiento legal en la realización del trabajo periodístico de las Prostivedettes, incluso señalando los nombres de los abogados que nos brindaron la opinión jurídica. Técnicamente ofrecimos medios de investigación o pruebas testimoniales que debieron ser admitidos y actuados por el Juez Penal respetando nuestro derecho a probar¹⁰.

Es decir, aducen que ofrecieron medios probatorios pero que en el Poder Judicial tales no sólo no fueron analizados correctamente, sino que, peor aún, no fueron admitidos o fueron rechazados. En ello radicaría la principal vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva. Frente a ello, la Procuraduría Pública del Poder Judicial señala que no existe vulneración alguna respecto a este derecho, sino que una argumentación de este tipo lo que refleja es un interés para que nuevamente se evalúen los aspectos de fondo de la responsabilidad penal¹¹.

Entonces, para determinar con claridad la existencia de la violación a la probanza, se debe analizarse específicamente cuál es el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, para advertir si dentro de él se encuentra comprendida la supuesta vulneración planteada.

§1. El sentido constitucional del derecho a la prueba

13. El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través del presente proceso constitucional.

Como se ha destacado, la tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguarda está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso. Por ello, según lo señala la sentencia del Expediente N.º 200-2002-AA/TC, esta tutela:

(...) implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable, etc.

En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio.

14. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido, y se le relaciona casi exclusivamente con la presunción, de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: "la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".

Éste es el enunciado utilizado en el artículo 2º, inciso 24, acápite e, de la Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11º, inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14º, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8º, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10 Demanda de hábeas corpus (fs. 13 del Expediente).

11 Apersonamiento y absolución de traslado de la demanda de hábeas corpus por parte del Procurador Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial (fs. 158 del Expediente).

Aún así, es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconozca, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor.

15. Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188° del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Reconocido el derecho a la prueba desde el punto de vista constitucional, este Tribunal considera pertinente señalar que no todos los supuestos de su contenido merecen protección a través de un proceso constitucional de la libertad (amparo o hábeas corpus). Tal como lo establece el artículo 200° de la Constitución, estos tipos de procesos han sido establecidos para proteger derechos de rango constitucional. Los derechos que tengan su sustento en normas de rango legal o inferior no podrán ser acogidos mediante estos procesos; el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional señala, *contrario sensu*, que solamente serán amparables en sede constitucional aquellas pretensiones que estén referidas en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, tal como se expresara en la sentencia del Expediente N.° 1417-2005-AA/TC.

Por ello, y a efectos de resolver el presente caso, corresponde ir fijando cuáles son los supuestos del derecho a la prueba que merecen ser tutelados a través de un proceso constitucional a la libertad.

16. Para lograr este cometido, se debe partir del derecho que engloba a la prueba. Es el derecho a la tutela procesal efectiva, uno que también debe ser determinado correctamente en el terreno constitucional. La vulneración del contenido constitucionalmente protegido de la tutela procesal efectiva no puede ser identificada con cualquier irregularidad procesal, si

es que ella implica una infracción de las garantías cardinales y primordiales con las que debe contar todo justiciable. Por ello, atañe a este Colegiado restringir la protección de la tutela procesal efectiva a determinados supuestos, excluyéndose aquéllos que no están relacionados directamente con el ámbito constitucional del derecho.

Una muestra de este trabajo interpretativo se encuentra en lo desarrollado con relación al derecho a la defensa. Este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que el mismo tiene aspectos que no inciden en el contenido constitucionalmente protegido de la tutela procesal efectiva y que, por lo tanto, no pueden ser susceptibles de protección en estos procesos. En la sentencia del Expediente N.° 3914-2004-HC/TC, se expresa lo siguiente:

(...) si bien se demuestra una cierta limitación del derecho de defensa de la persona, no es la sede del hábeas corpus la pertinente para criticar tal acto. Tal limitación no es una restricción que afecta bienes constitucionales.

Por ende, en el derecho-regla a la prueba, este Colegiado está en la capacidad de delimitar y circunscribir cuál es su ámbito de protección en sede constitucional. Veamos cómo se puede ir estableciendo éste.

§2. La supuesta vulneración del derecho a la prueba

17. Un componente básico para el control jurisdiccional solicitado es determinar el acto que constituye la vulneración del derecho fundamental. En el caso concreto, los recurrentes advierten una doble violación: una falta de respuesta respecto a su admisión y una inadecuada calificación como "prueba inútil".

Cabe recordar que las transgresiones alegadas tienen su origen en un mismo hecho. Se trata de la postulación realizada por los actores de un medio probatorio. Éste se refiere a la declaración de testigos, y en virtud del cual consideran que se pudo haber evidenciado la existencia de informes jurídicos previos a la emisión del video materia del control penal, que opinaban por la legalidad de su provalación.

18. En primer lugar, se encuentra la falta de respuesta. No obstante haberse ofrecido el medio probatorio de la declaración de testigos, que según los querellados era parte importante para su defensa, los juzgadores ni los admitieron ni los rechazaron. Esto sucedió tanto en primera como en segunda instancia. En las dos sentencias emitidas no se hace mención alguna a la declaración ofrecida.

Según los demandantes del proceso de hábeas corpus, estas resoluciones constituyeron el mejor ejemplo de vulneración de un derecho fundamental:

(...) ni el Trigésimo Noveno Juzgado Penal, ni la Sexta Sala Penal Superior, ni la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, han

argumentado que no se admitieron y actuaron los medios de investigación o prueba que ofrecimos por el vencimiento del plazo probatorio (...)»¹².

Es decir, pese a la obligación exigible a cualquier juzgador de resolver un pedido realizado por un justiciable, no se dio respuesta en el plazo correspondiente.

Para contradecir esta evidencia de vulneración, el representante del Poder Judicial explica la razón de esta falta de contestación. Si bien concluye en que todo magistrado está en la facultad de admitir los medios probatorios que considere pertinentes para valorarlos en la sentencia, y de esta manera sustentar su razonamiento jurídico, su principal razón consiste en que:

(...) no se expidió una resolución que admitiera o denegara directamente este medio probatorio y no ocurrió por un hecho muy simple, nos encontrábamos en aquella oportunidad en un proceso especial, en una sumaria investigación señala el Código (...). Si bien es cierto en aquel proceso no se respetaron estrictamente los plazos, se trató de expedir una sentencia en un tiempo corto y razonable, así efectivamente se hizo en cinco meses, once días (...)»¹³.

Además, refiere que, al tratarse de un proceso de naturaleza especial, con plazos expeditivos, los plazos prescritos son cortos, por lo que sólo correspondía hacer una valoración de la prueba ofrecida al momento de sentenciar en la Corte Suprema.

En pocas palabras, no se respondió a lo solicitado por los demandantes aduciendo que el proceso no podía demorar mucho tiempo, tomando en cuenta para ello la celeridad exigida en el proceso penal sumario.

19. En segundo lugar, luego de no haber sido ni admitida ni rechazada la prueba ofrecida, en la Corte Suprema se señaló claramente la inconveniencia de un medio probatorio como es la declaración de los testigos del caso concreto.

Así, en la máxima instancia judicial se consideró que la prueba presentada por los querrelados en el proceso penal era, casi, una prueba inútil:

Ante la presencia de tal calidad de elementos probatorios, se declara improcedente la denuncia sobre del derecho a probar la falta de antijuricidad de los hechos. Ante tal dimensión de evidencias, la existencia o no de una consulta jurídica favorable que dicen los denunciados haber obtenido previamente a la proyección del vídeo, en nada hará cambiar el sentido de la presente resolución al estar acreditada la manera provocada, vejatoria e innecesaria con la que se ha actuado (malicia

calificada)»¹⁴.

Sin embargo, los recurrentes alegan que los medios probatorios presentados no pueden ser considerados como una prueba inútil, precisando que el rechazo de la prueba invocando su inutilidad, asumiendo que la defensa de los procesados es equivocada, supone adelantar en la etapa probatoria el juicio que debe efectuarse en la fase de sentencia¹⁵. Frente a este argumento, el *ad quem* constitucional considera que la actuación del juzgador penal se ajustó a una correcta valoración probatoria, máxime si los medios probatorios ofrecidos no eran necesarios para determinar su responsabilidad penal¹⁶.

De lo expresado, queda claro que se tiene que determinar si un juez como el del proceso penal está en la capacidad de considerar una prueba como inútil, y si ello termina vulnerando, o no, el derecho a la prueba por parte de los demandantes.

20. Tanto porque los juzgadores no admiten una prueba postulada, como porque la califican como inútil, los recurrentes han considerado que la vulneración alegada se centra en que, a su entender, se les impidió invocar una circunstancia de la pena privilegiada, la del error de prohibición vencible, figura prevista en dos normas del Código Penal: los artículos 14°, último párrafo, y 21°¹⁷. Este Colegiado debe insistir en que no es objeto de la presente sentencia señalar si, en efecto, el error de prohibición se encontraba debidamente acreditado en autos, sino tan sólo determinar si la omisión de consentir el recibo de determinadas testimoniales constituye una vulneración del derecho a la prueba.

Ahora bien, lo que buscaron atacar los propios actores con esta postulación probatoria, según ellos mismos afirman, era el establecimiento de su inculpabilidad. Este principio, si bien no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución (de forma tácita se presenta en el artículo 2°, inciso 24, acápite e), se trata de uno implícito que limita la potestad punitiva del Estado.

La esencia de la culpabilidad no reside (...), sino en la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto (...). El principio de culpabilidad determina las siguientes consecuencias: (...) Se debe reconocer el error sobre los hechos y, al menos, sobre la antijuricidad (...)»¹⁸.

Asimismo, este Tribunal concuerda con la doctrina cuando se señala que:

14 Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria Corte Suprema en el proceso de delito de violación a la intimidad. R.N. N° 3301-04 (fs. 94 del Expediente).

15 Demanda de hábeas corpus (fs. 20 del Expediente).

16 Sentencia de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 231b del Expediente).

17 Demanda de hábeas corpus (fs. 38 del Expediente).

18 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal – Parte General*. Lima, Ara, 2004. p. 160.

12 Demanda de hábeas corpus (fs. 15 del Expediente).

13 Declaración del Procurador Público del Poder Judicial (Audencia Pública del 17 de octubre de 2005).

(...) Conforme a la naturaleza de la culpabilidad -y de la inculpabilidad- la evitabilidad de la falta de comprensión de la criminalidad de la conducta debe valorarse siempre en relación al sujeto en concreto y a sus posibilidades¹⁹.

Independientemente de la postulada conexión entre error de prohibición y culpabilidad (por no ser materia de un proceso constitucional), este Tribunal buscará contrastar si los dos actos aducidos por el recurrente para sustentar la violación de la prueba en el proceso penal vulneran el derecho constitucional a la defensa alegada por los recurrentes.

§3. Elementos de análisis respecto a la prueba ofrecida

21. Una de las manifestaciones del derecho a probar se encuentra en la presentación de testigos, figura que es totalmente aplicable al caso concreto.

Tal como claramente lo ha expresado el artículo 14°, inciso 3, acápite e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (posteriormente reproducido en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la persona acusada tendrá derecho, en plena igualdad, durante todo el proceso:

A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Sin embargo, como todo derecho, éste tampoco es ilimitado o irrestricto, sino que debe estar sujeto a las propias líneas divisorias que en la normatividad se desarrollan. Pero, ¿qué se ha dicho respecto a la postulación probatoria en el proceso penal sumario, como es el caso de autos?

Para llegar a una respuesta adecuada, es necesario conciliar lo que el ordenamiento jurídico estima necesario para proteger el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la prueba y los hechos existentes en el caso sometido a control constitucional. Para cumplir este objetivo, surgen diversas aristas que pasamos a explicar a continuación.

3.a. Eficacia de la prueba

22. Su importancia radica en la capacidad de toda parte o tercero legitimado en un proceso para producir la prueba necesaria que pueda formar la convicción del juzgador sobre la existencia o la inexistencia de los hechos que son o serán objeto de probanza. Así, en su contenido se incluye la posibilidad de su ofrecimiento, su admisión, su actuación, su producción, su conservación y su valoración.

El Tribunal Constitucional español (la N.°

33/1992), en una sentencia atinente concretamente a la denegación de medios probatorios, ha señalado que:

(...) es indiscutible la existencia de una relación entre denegación indebida de pruebas e indefensión, pero no existe indefensión de relevancia constitucional cuando aun existiendo alguna irregularidad procesal, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, bien porque no exista relación entre los hechos que se querían probar y las pruebas rechazadas o bien porque quede acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo en todo caso proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Tal como se puede observar, para que la prueba ofrecida por un inculcado tenga un grado de eficacia tal que pueda ser admitida en un proceso, debe presentar elementos de juicio irrefutables a la luz de la responsabilidad penal atribuida.

23. Como premisa básica, la presentación de testimoniales por parte de los querrelados resulta ser una prueba inútil. Ella en sí misma no permite establecer la existencia o inexistencia del hecho que se pretende probar o verificar con su ofrecimiento o actuación, que es, finalmente, la capacidad de reacción normativa y la internalización de la norma por parte del sujeto.

Justamente, se ha señalado que la prueba del error de prohibición versa:

(...) sobre si el sujeto es responsable de la ausencia de motivación conforme a derecho (...). A esa conclusión difícilmente puede llegarse a partir de una prueba directa distinta de las propias manifestaciones del acusado, de modo que si el propio sujeto invoca error, sólo una manifiesta contradicción a partir de máximas de experiencia puede hacer decaer su propia declaración al respecto (...)²⁰.

En el presente caso, como se ha podido establecer, la parte demandante pretendió acreditar que incurrió en error de prohibición con la postulación de un medio probatorio que parece no cumplir con el nivel de validez exigido. En realidad, la actuación de las testimoniales no hubiera llegado a asegurar la existencia del error de prohibición. Lo único que se hubiera llegado a expresar es el hecho de que el asesor legal externo de Frecuencia Latina y también el asesor legal interno emitieron un informe favorable, pero no que hubo un error subjetivo de apreciación al momento de cometer el delito.

24. En este sentido, es ilógico que se planteen como medio probatorio, la declaración de testigos, si bastaba con presentar un informe escrito sobre el tema requerido. Para probar realmente la existencia de un estudio jurídico previo sobre la materia (sobre si la prostitución clandestina estaba o no tutelada

19 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal – Parte General*. 2ª Ed. Buenos Aires, Ediar, 2002. p. 728.

20 PEREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. Lima, Grijley, 2005. pp. 164, ss.

por el derecho a la vida privada), no era preciso mostrar declaraciones, sino, por el contrario, mostrar documentos.

Durante la audiencia pública realizada en la sede de este Tribunal, se formuló a los recurrentes una pregunta al respecto; ¿por qué era necesaria la declaración de dos personas: el asesor legal y el representante del canal, si bastaba con haber presentado el informe externo? La respuesta reflejaba su indecisión sobre este aspecto:

Por lo siguiente, primero no había un informe escrito, no existía un informe escrito, por eso es que se ofrece la prueba testimonial y lo que se iba a testimoniar en ese momento es que antes de la difusión de ese video, se consulta a estos profesionales y olvidaba un tercer testimonio que es incluso el administrador del canal de ese entonces. Entonces, esta es la prueba que se ofrece al momento de la declaración de instructiva que tranquilamente se pudo haber admitido su actuación y de repente en la valoración no creerle, pero, el problema señor vocal es que no se admite la prueba, no se señala la razón de su no admisión, ni siquiera se notifica y, en la Corte Suprema se dice, no sea admitida porque no tenía la razón, eso me parece que lesiona frontalmente el derecho a probar²¹.

No es creíble la versión planteada por el abogado de los demandantes respecto a que tanto el abogado externo como el interno presentaron informes, pero solamente verbales. En un proceso judicial no es consistente una argumentación como la vertida. Asumir esta posición coadyuva a considerar adecuada la respuesta de la judicatura respecto a la postulación probatoria denegada.

25. Un último punto al respecto. El delito por el que fueron sentenciados los recurrentes en la querrela por delito contra la intimidad, está prescrito claramente en el artículo 154° del Código Penal:

El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista. Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa.

En tal configuración, el delito no sólo se restringe a la responsabilidad por captar imágenes, sino que avanza hasta la difusión de las mismas. Fue en cuanto a la difusión que los recurrentes solicitaron los

informes respectivos, pero también fluye de autos que respecto a captar imágenes no hubo informe alguno que supuestamente lo autorice. Es decir, así se hubiese comprobado la existencia de un informe, ello no hubiera podido exculpar o disminuir la responsabilidad de los querrelados respecto al momento en que se preparó y se filmó el acto sexual de la querellante.

3.b. Momento de postulación de la prueba

26. Para que los medios probatorios sean admitidos deben ser presentados en su oportunidad. Ante ello, este Tribunal considera necesario efectuar un análisis de la presunta vulneración del derecho a la prueba respecto de los presupuestos necesarios para que el medio probatorio ofrecido sea admitido.

El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos.

En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos²².

En tal sentido, es imperioso que se realice un análisis de cuál es el rol que cumple el medio probatorio, ya que así se podrá determinar, entre otras cosas, si el momento en que fue postulado era el que correspondía según las normas procesales sobre la materia.

Así, entre otros, el medio probatorio debe contar con:

- *Pertinencia*: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.
- *Conducencia o idoneidad*: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.
- *Utilidad*: Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles,

21 Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005).

22 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Lima, Grijley, 2003, p. 817.

notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.

- *Licitud*: No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.
- *Preclusión o eventualidad*: En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.

A partir básicamente de esta última exigencia, corresponde analizar qué sucede en el caso nacional con relación a los plazos en las solicitudes probatorias.

27. Según el proceso establecido en el Código de Procedimientos Penales para el procesamiento de delitos que son objeto de persecución privada (artículos 302° y siguientes), en caso de no haber conciliación en la audiencia de comparendo, el juez examinará al querellante, al querellado y a los testigos de ambas partes, en la forma que el propio Código indica.

Asimismo, es de observarse que, conforme al artículo 303° del Código de Procedimientos Penales, la documentación existente, así como los testigos y peritos que hubiere, serán examinados en la misma audiencia conjuntamente con las partes:

El juez instructor citará al querellado mediante cédula, expresando en ella el delito que se le imputa, el nombre de los testigos ofrecidos, el de los peritos nombrados, si los hubiere, y el día y hora en que deben comparecer juntos, querellante, querellado, testigos y peritos. Estos últimos, con su respectivo dictamen. En la misma cédula se expresará que el querellado tiene derecho para llevar hasta tres testigos que rectifiquen los hechos imputados, o demuestren la parcialidad de los testigos ofrecidos por el querellante, y si hay prueba pericial, un perito que discuta los dictámenes de los peritos judiciales o los presentados por el querellante. A esta cédula se acompañará una copia de la querrela.

Como es de verse, la oportunidad para ofrecer testimoniales o cualquier otro medio probatorio en un procedimiento de querrela es antes de la audiencia, ya que es en ella cuando tendrá lugar su actuación. Pero, ¿cuándo se presentó el medio probatorio en el proceso penal seguido contra los querrelados?

28. Se ha alegado que la postulación se produjo cuando las instructivas fueron realizadas. De lo que se puede observar de ellas es que, básicamente, lo que los recurrentes señalan son datos necesarios para ejercer

su derecho a la defensa. Nada más. En su declaración, los dos coinculpados coincidieron en señalar que:

(...) luego de consultar con los asesores internos legales del canal encabezados por el doctor Leopoldo Valdez, quien a su vez realizó una inter consulta con el asesor legal externo del canal, el doctor Rolando Souza, luego de recibida la asesoría legal necesaria para evitar que violemos algún tipo de ley, decidimos emitir el informe²³.

Lo que se puede colegir de esta manifestación judicial no es que se esté ofreciendo medio probatorio alguno, sino tan sólo que se está relatando un hecho particularmente necesario para su defensa. No se puede concluir, de ninguna manera, en que a través de esta declaración los recurrentes –querrelados, en su momento–, postularon un medio probatorio.

Situación distinta se advierte cuando se presentó un escrito ante el juzgador penal en el que sí, con claridad, se ofrece un medio probatorio:

Como acto probatorio de parte destinado a demostrar la verdad de los hechos que forman mi defensa material, apporto los siguientes medios probatorios: 1.- Medios probatorios: a) La declaración testimonial de don Emilio Leopoldo Valdez Castañeda (...) b) La declaración testimonial de don Mendel Percy Winter Zuzunaga (...). 2.- Significado probatorio del acto de defensa.- El objeto de los testimonios ofrecidos tiene por finalidad acreditar que dado el interés público de la investigación periodística que motivó la difusión del informe se decidió emitirlo al aire previa consulta con el apoderado especial del canal y abogados externos de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A.²⁴.

De esta forma se consolida la idea de que existe un medio probatorio ofrecido por los demandantes que debió ser observado por el juzgador penal recién a partir del 12 de mayo de 2003.

Entonces, pese a que, según la normatividad procesal penal, en el proceso penal de autos el plazo para postular medios probatorios (la comparecencia de testigos es uno de ellos) era antes de la audiencia realizada el día 28 de enero de 2003, recién se realizó el pedido casi cinco meses después. Del propio escrito de demanda fluye que los accionantes realizaron el ofrecimiento probatorio –cuya inadmisión y consiguiente imposibilidad de actuación se cuestiona– fuera del plazo establecido por ley, perdiendo así toda oportunidad para ofrecer dicho medio probatorio, ya que las testimoniales, de haber sido ofrecidas, debieron haber sido actuadas en la misma audiencia en la que el juez examinó a los querrelados.

23 Instructivas de Magaly Jesús Medina Vela, del 28 de enero de 2003 (fs. 62 del Expediente) y de Ney Edgardo Guerrero Orellana, del 28 de enero de 2003 (fs. 67 del Expediente).

24 Escrito N.º 25 de la defensa, recibido el 12 de mayo del 2003 (fs. 71, 72 del Expediente).

29. En conclusión, debe enfatizarse que, si bien ha de procurarse la rapidez y la prontitud para llegar a una resolución en todo proceso judicial, inclusive penal, y más aún en uno sumario, ello no puede desvirtuar la protección de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución). Todo acto de celeridad debe tener como propósito esencial el respeto del derecho a la tutela procesal efectiva. Tal sentido fluye de lo dispuesto por el artículo 125° del Código de Procedimientos Penales, el mismo que determina que si el inculcado invoca hechos o pruebas en su defensa, estos deben ser verificados por el juzgador en el plazo más breve.

El hecho que aducen los recurrentes no puede ser apreciado como una vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva en el ámbito relacionado con el derecho a probar. No puede haber violación de este derecho básicamente por dos motivos. En primer lugar, porque el medio probatorio fue postulado fuera de los plazos legales para hacerlo, por lo que era incorrecto que el juzgador lo aceptase. En segundo lugar porque, finalmente, el propio Poder Judicial, a través de la Corte Suprema, subsanó la deficiencia formal en que habían incurrido los juzgadores de primera y segunda instancia al no pronunciarse al respecto, considerando acertadamente que tal prueba era irrelevante.

Por ello, es oportuno subrayar que lo pedido por los recurrentes no se inserta en el contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, motivo por el que este extremo de la demanda se inserta en lo prescrito por el Código Procesal Constitucional en el artículo 5°, inciso 1, y debe ser declarado improcedente.

C. EL ARGUMENTO DE DEFENSA RESPECTO AL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO INTIMIDAD

30. Además de aducir la violación del derecho a la prueba, los recurrentes refieren que, en el proceso penal seguido en su contra, se ha afectado su derecho a la defensa, precisando los siguientes motivos:

Desde la fase de instrucción del proceso penal hemos alegado como argumento de defensa técnica la atipicidad del hecho por el que se nos atribuye ser autores de delito contra la intimidad, porque los actos de prostitución clandestina, por ser ilícitos, no se encuentran dentro del ámbito de protección del bien jurídico intimidad. Este argumento de defensa técnica no ha sido tratado o considerado en las sentencias dictadas en las 3 instancias de la causa penal (...) ²⁵.

En la sentencia de primera instancia del proceso penal, el juzgador reseñó claramente cuál era la estrategia de defensa utilizada por la defensa de los recurrentes: que la prostitución clandestina, por constituir un ilícito administrativo, no se encuentra

dentro de la esfera de la vida privada; y que la conducta realizada se encuentra justificada en la medida que los querellados actuaron en el ejercicio regular de la libertad de información ²⁶. Pese a tal reconocimiento, los ahora recurrentes alegan que la vulneración de la defensa técnica se produjo cuando se les impidió vindicar su acción, obstaculizando la comprobación de la existencia de la mencionada prostitución clandestina ²⁷.

En consecuencia, lo que corresponde determinar en este punto de la sentencia es si los argumentos de defensa esgrimidos por los querellados del proceso penal debieron ser analizados obligatoriamente por el juzgador al momento de resolver, o si por el contrario, tenía éste la posibilidad de desconocerlos cuando redactó su sentencia.

§1. La defensa técnica como derecho

31. La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva.

Sobre su reconocimiento normativo, debemos remitirnos a la Constitución cuando reconoce en su artículo 139°, inciso 14, la existencia de

El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...).

Los instrumentos internacionales ponen énfasis en ámbitos específicos del derecho a la defensa. El artículo 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos insiste en que se aseguren a la persona todas las garantías necesarias para su defensa. A su vez, el artículo 14°, inciso 3, acápite "d" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera pertinente requerir una defensa no sólo realizada a título personal, sino también a través de un abogado. Por su parte, el artículo 8°, inciso 2, acápite c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos concede al inculcado el tiempo y medios convenientes para que prepare y realice su defensa.

32. Teniendo en cuenta tales dispositivos, conviene preguntarse cuándo se produce una violación del derecho de defensa. Ello ocurrirá cuando una persona no logra ofrecer a quien la juzga los elementos necesarios para desvirtuar una acusación en su contra o para afirmar que tiene la razón en lo que alega. Pero no todo acto que imposibilita un correcto uso de la defensa produce un agravio al derecho.

²⁶ Sentencia de primera instancia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima. N.° 396-2001 (fs. 80 del Expediente).

²⁷ Recurso de agravio constitucional en el proceso de hábeas corpus (fs. 250, 251 del Expediente).

²⁵ Demanda de hábeas corpus (fs. 43 del Expediente).

Acolación de lo expuesto, el Tribunal Constitucional español ha señalado, como parte de la Sentencia N.º 237/1999, que

(...) la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial (...) ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (...). Por ello hemos hablado siempre de indefensión 'material' y no formal, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de ésta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquélla. Puestas así las cosas en su punto final, parece claro que la omisión denunciada, podría ser reprochable en el plano de la legalidad y con efectos quizá en otros ámbitos, pero está desprovista de trascendencia constitucional para considerar enervada o debilitada la efectividad de la tutela judicial.

Por ende, queda claro que también corresponde determinar si lo que están alegando los demandantes se puede considerar como una forma de vulneración del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva.

33. Para comprobar la vulneración de la defensa técnica, los recurrentes solicitan que este Colegiado reexamine el criterio vertido por el órgano jurisdiccional respecto al carácter de la prostitución clandestina, presumiendo que sólo así se podrá determinar que no existe violación de la vida privada si existe un ilícito de por medio.

Ante ello, este Colegiado reitera el pleno respeto de la independencia judicial al momento de resolver, de modo que únicamente determinará si los juzgadores observaron, o no, los argumentos de defensa presentados. No se pronunciará ni emitirá reflexión alguna respecto a lo que decidió la Corte Suprema en este caso, puesto que ello implicaría que resuelva como una instancia judicial ordinaria.

Cabe resaltar que según el artículo 138º de la Constitución,

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes (...).

Una norma de este tipo sólo puede significar respeto pleno de las resoluciones judiciales y que ningún otro órgano puede afectarlas, ni siquiera el Tribunal Constitucional, a no ser que haya vulneración de algún derecho fundamental, situación en la cual la proscripción prevista en el segundo párrafo del artículo 139º, inciso 2 de la Norma Fundamental cedería ante la posibilidad de interponer una demanda de algún proceso constitucional, según lo permite el artículo 200º.

Ahora bien, a grandes rasgos y *prima facie*, lo que se advierte es que en las tres sentencias emitidas en el Poder Judicial sí se observaron los argumentos de defensa pero no se creyó conveniente asumirlos como válidos para resolver el caso. En cada una de las instancias, los juzgadores establecieron que era irrelevante averiguar la existencia de prostitución ilegal, pues ello no era objeto de juzgamiento, lo que en cierta forma ha terminado confirmando que en su criterio la vida privada de las personas no tiene relación alguna con la finalidad con la que realizan sus actos.

34. Pese a lo que se acaba de determinar, este Colegiado reseñará algunos parámetros constitucionales sobre los derechos que estuvieron en juego en el proceso judicial penal sometido a control constitucional, por ser ello necesario en virtud de la profilaxis interpretativa que corresponde al Tribunal Constitucional en su calidad de órgano supremo de interpretación de la Norma Fundamental (artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Ello no significa que se está volviendo a resolver sobre el caso del fondo, sino únicamente que se analizará la decisión judicial en el extremo planteado en la demanda, toda vez que sólo así se desvirtuará, o validará, la tesis esgrimida por los recurrentes, además de sentar las bases conceptuales para el estudio de derechos fundamentales poco desarrollados jurisprudencialmente.

Asimismo, se pondrá énfasis en que los jueces, como miembros partícipes del Estado, deben cumplir con las obligaciones que la propia Constitución reconoce en el artículo 44º: una de ellas referida a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Frente a ello, al ser el órgano de control de la Constitución, según lo previsto en el artículo 201º de la propia Norma Fundamental, este Tribunal está capacitado para resguardar el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

En los siguientes puntos, se tratará de insistir en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales a la información y a la vida privada, para que a partir de allí se pueda realizar un juicio de ponderación respecto al vídeo propalado en el programa Magaly TV. Gracias a este estudio, se determinará en el último extremo y dentro de los márgenes que impone la presente demanda de hábeas corpus, si hubo, o no, vulneración del derecho a la defensa técnica.

§2. La urgencia de definir los ámbitos de los derechos a la información y a la vida privada

35. Sólo se podrá analizar la supuesta afectación del derecho a la defensa de los recurrentes, si previamente se ubica correctamente el reconocimiento judicial de la existencia de prostitución en la relación entre derechos fundamentales de los querrelados y la querellante.

Al respecto, los recurrentes buscaron ejercer, al momento de emitir el reportaje mencionado, su derecho a la información. Sin embargo, a partir de un inadecuado

ejercicio de éste, el Poder Judicial determinó su responsabilidad por la afectación de la vida privada, toda vez que ésta aparece como un límite a tal derecho. Pero, ¿qué habrá de entenderse por derecho fundamental a la información? Constitucionalmente, se ha previsto que toda persona puede emitir las noticias que considere pertinentes, configurándose lo que se conoce como el derecho a la información. En tal sentido, en el artículo 2°, inciso 4, se ha admitido la existencia del derecho a la libertad de información. Además, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 19°, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 19°, inciso 2, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo IV, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13°, inciso 1, reconocen el derecho a la investigación, recepción y difusión de las informaciones.

Como todo derecho fundamental, la información posee un elemento constitutivo que le da sentido a su tutela constitucional, componente conocido como su contenido esencial, concepto cuyo desarrollo se puede encontrar en la sentencia del Expediente N.° 0050-2004-AI/TC y otros, donde se desarrolla una idea institucional del mismo. En el caso de la información, y tal como se ha desarrollado en la sentencia del Expediente N.° 0905-2004-AA/TC, su contenido esencial se encuentra en la veracidad de lo que se manifiesta, lo cual no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontestable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información.

Entonces, solamente se debió ingresar a analizar la afectación de la vida privada de la querellante si se comprobaba la veracidad de la información. Caso contrario, ni siquiera se podría mencionar la existencia de un ejercicio del derecho a la información. Si bien no hay dudas respecto a la autenticidad de las imágenes presentadas (nunca la querellada las criticó), la veracidad del reportaje emitido en el programa Magaly TV no se puede considerar una parte del derecho a la defensa, sino simplemente el cumplimiento de lo mínimo que se le podría exigir a un programa de índole periodística.

36. El ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho. Sólo así, con los límites que se deben encontrar en la propia Constitución, el derecho a la información podrá convertirse en la piedra angular de la democracia.

Es importante que en el ordenamiento internacional se haya determinado la existencia de límites a los derechos comunicativos. En tal sentido, tanto el artículo 19°, inciso 3, acápite a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el artículo 13°, inciso 3, acápite "a" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisan que el ejercicio del derecho a la información 'entraña deberes y responsabilidades especiales', por lo que está sujeto

a una restricción como es la de asegurar

(...) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

En el ámbito constitucional, se ha prescrito respecto al derecho a la información, como parte del artículo 2°, inciso 4, que los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social se encuentran tipificados en el Código Penal, sancionándose *ex post* la afectación a un derecho fundamental, y reconociéndose de manera explícita un límite externo en la vida privada.

De otro lado, sobre la base del principio interpretativo de la unidad de la Constitución, la vida privada de las personas aparecerá como límite al derecho a la información, en el sentido que el ejercicio de uno no podrá realizarse vulnerando el espacio del otro. Así, y tomando en cuenta su naturaleza de derecho-principio de ambos, se buscará la optimización de sus contenidos. Por ende, es imprescindible determinar si la preparación, filmación y divulgación de imágenes que demostrarían una supuesta prostitución ilícita está protegida por el derecho a la información de los recurrentes o si, por el contrario, ello se configura como una vulneración del ámbito de protección del derecho a la vida privada de la querellante. Ello hace necesaria la aplicación del test del *balancing* o ponderación.

37. La vida privada de las personas es un límite válido del derecho a la información. Por ello, corresponde fijar algunos contenidos básicos del primero de los derechos mencionados con el fin de controlar jurisdiccionalmente el segundo.

Lo importante de dotar de un contenido constitucionalmente protegido a la vida privada en el presente caso se centra en que los recurrentes aseveran que la violación a su derecho a la tutela procesal efectiva, en el sentido de derecho a la defensa técnica, se basa en una consideración equívoca. Debe determinarse, por tanto, si dentro del derecho a la vida privada se puede dejar de abrigar un ámbito como el de la prostitución clandestina, máxime si el Poder Judicial ya tomó una decisión clara y concreta, al considerar que sí la protege.

En primer lugar, es menester observar cómo ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico. En la Constitución, como derecho-regla base se ha prescrito en el artículo 2°, inciso 7, que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. Además, existen otros dispositivos que siguen refiriéndose a este tema dentro del mismo artículo 2°: el impedimento de que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inciso 6); la inviolabilidad de domicilio (inciso 9); el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados (inciso 10); entre otros. Y pese a que el desarrollo constitucional de la materia es disperso, lo cierto es que la Declaración Universal de Derechos Humanos le da cierta coherencia y unidad. Así, en el artículo 12° se sostiene que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, motivo por lo cual se expresa el derecho a la protección de la

ley contra tales injerencias o ataques. Un planteamiento similar se puede encontrar en el artículo 17° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (sobre todo incisos 2 y 3). Menos amplio es el reconocimiento mostrado en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que se restringe a señalar que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su vida privada y familiar.

Como se observa, existe disimilitud de conceptos entre la normatividad nacional e internacional, que por ello exige su reconducción hacia un criterio unitario, básicamente planteado a partir de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del Código Procesal Constitucional. Básicamente planteamos que el derecho-principio reconocido es la vida privada, y la intimidad, uno de sus derechos-regla.

38. Con respecto al bien jurídico tutelado en la Constitución, no cabe duda que la vida privada refleja uno de muy difícil comprensión, tanto así que algunos consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado. No obstante ello, juzgamos que es necesario plantearse sobre él un concepto inicial y preliminar.

Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella. Sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido positivo. Así, sobre la base del *right to be alone* (derecho a estar en soledad)²⁸, se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño²⁹. De esta forma se ha llegado a definirla, argumentando su faz positiva, como

(...) el reducto de lo personal no encuentra su confin en la cárcel de la propia individualidad (...) sino que ella sirve de plataforma para la integración del ser humano con el círculo de ciertos allegados (especialmente a través de los lazos familiares), con un ambiente físico (el domicilio) y con el ambiente inmaterial de sus manifestaciones espirituales (la correspondencia, las comunicaciones de todo tipo, los papeles

privados)³⁰.

En la jurisprudencia tampoco se ha rehusado la posibilidad de definir un concepto como éste. Este Colegiado ha señalado, a través de un fundamento de voto en la sentencia del Expediente N.º 0072-2004-AA/TC, que la vida privada implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad, de conformidad con el artículo 2º inciso 1 de la Constitución. De esta manera, no sólo se hace hincapié en un ámbito negativo de su configuración, sino también en el positivo.

Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso von Hannover c. Alemania (*Application* N.º 59320/00), del 2004, estableció que

(...) la importancia fundamental de la protección de la vida privada desde el punto de vista del desarrollo de la personalidad que tiene todo ser humano. Esa protección (...) se extiende más allá de círculo privado familiar e incluye también la dimensión social. El Tribunal considera que cualquier persona, aun si es conocida por el público, debe poder gozar de una 'legítima expectativa' de protección y respeto de su vida privada.

De ello se concluye que únicamente a través del reconocimiento de la vida privada la persona podrá crear una identidad propia, a fin de volcarse a la sociedad, toda vez que aquel dato y espacio espiritual del cual goza podrá permitírsele.

La vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad. El último de ellos tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de una persona; la vida privada, por su parte, la engloba y también incluye un ámbito que sí admite algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas, vinculándose inclusive con otros derechos como la inviolabilidad de domicilio, prevista en el artículo 2º, inciso 9 de la Norma Fundamental.

39. En el presente caso, el ámbito de la vida privada que estaría siendo objeto de violación es la intimidad personal, zona que también merece protección superlativa a través del tipo penal descrito en el artículo 154º del Código Penal. En ella, la persona puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social³¹. Como

28 WARREN, Samuel y Louis BRANDEIS *El derecho a la intimidad (The Right to Privacy, 1890)*. Madrid, Cívitas, 1995. pp. 24, ss.

29 FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil: A la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1982. p. 52.

30 ZAVALA DE GONZALES, Matilde. *El derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982. p. 82.

31 CARRANZA, Jorge A. *Los medios masivos de comunica-*

lo señala este Colegiado en su sentencia del Expediente N.º 1797-2002-HD/TC, es el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas.

De esta forma, la intimidad protegía todo acto dentro de un espacio personal de la querellante, como puede ser las relaciones sexuales que practique, con prescindencia de la motivación o la causa de dicho hecho. Queda claro, entonces, que su derecho a la vida privada sí protegía la posibilidad de evitar que otros se inmiscuyan y reproduzcan en un canal de televisión los actos sexuales que realizó. Sin embargo, esto no quiere decir que, si se presenta un ilícito, la investigación periodística que se realice no puede estar también protegida, haciendo disminuir la protección del contenido accidental del derecho a la vida privada de la persona. Pero, sobre la base objetiva del contenido esencial de cada uno de los derechos en juego (vida privada e información), se efectuará a continuación un análisis ponderativo para comprobar si la judicatura ordinaria analizó correctamente, o no, el medio de defensa utilizado por los querellados respecto a la existencia, o no, de prostitución clandestina.

§4. La ponderación entre la información y la vida privada

40. Si bien la relación existente entre los derechos a la vida privada y a la información es una de las más clásicas en el Derecho, en muchos casos se ha dado una respuesta poco idónea a la teoría de los derechos fundamentales. Así, se ha propuesto la primacía de la información en virtud de la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred freedoms* al sistema constitucional, postura doctrinal que propendería a una jerarquía entre los derechos fundamentales. Pero, de otro lado, también se manifiesta y se presencia una prevalencia de la información, basándose en el efecto irradiante que posee respecto al resto de derechos. Pero no hay que olvidar que los derechos fundamentales (todos, sin excluir ninguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución.

Por eso, lo que corresponde realizar es una determinación de los contenidos de cada uno de los derechos involucrados. Sólo así se llegará a la delimitación adecuada de sus contornos. Para ello, será necesario optar por el método de la ponderación, con una utilización mixta de los criterios de razonabilidad (propios de cualquier relación entre derechos fundamentales) y de desarrollo colectivo (exclusivo de los derechos de respeto de la persona y los comunicativos).

4.a. La razonabilidad de la medida

41. La razonabilidad es un estándar de control de una acción que, como en el caso concreto, está referido a la emisión de imágenes respecto a los actos sexuales

cometidos por la querellante con otro sujeto.

Incluye, dentro de sí, tres juicios claramente establecidos: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad, en cada uno de los cuales se debe dejar sentado si los argumentos de los recurrentes tienen, o no, sentido.

4.a.i. El juicio de adecuación

42. A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo. Este juicio aplicado a la relación entre información y vida privada permite determinar que sólo existirá una solución adecuada, si es que la noticia sobre la cual versa la información no desconoce el objetivo previsto en la Constitución en su artículo 1º (la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado) y que se materializa en la vigencia del respeto de los ámbitos de la vida privada de una persona, por más pública que ésta sea.

Por tanto, ¿es permisible que el derecho a la información pueda tocar temas tan sensibles como las relaciones sexuales de una persona, por más que haya estado en un supuesto de prostitución clandestina? Este Colegiado considera que no.

La sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Lawrence c. Texas*, del 2003 (se trata de un caso en que hubo una intervención estatal a un domicilio en el cual dos personas practicaban relaciones homosexuales), también está en la misma línea:

La libertad protege a la persona de intrusiones gubernamentales arbitrarias en una vivienda u otro lugar privado (...). El derecho de la libertad se extiende más allá de los límites espaciales. La libertad supone una autonomía de la persona que incluye libertad de pensamiento, credo, expresión y cierta conducta íntima. El presente caso involucra la libertad de la persona tanto en su dimensión espacial como en sus más trascendentes dimensiones.

43. En el caso de autos, el reportaje emitido en el programa *Magaly TV*, tal como había sido propalado, no respetaba de ningún modo a la persona sobre la cual versaba el mismo. Como se puede apreciar de su transmisión, no existe la más mínima consideración por la querellante ni por su vida privada. Además, no se ha respetado la inviolabilidad de domicilio (artículo 2º, inciso 9 de la Constitución), derecho que protege también las actividades realizadas por una persona en la habitación un hotel.

Independientemente del fin con el que se realiza el reportaje, lo importante en este punto es analizar si con él se respetaban los valores y principios previstos en la Norma Fundamental: ni la democracia se veía favorecida con un reportaje de este tipo y menos aún

ción y el derecho privado. Un problema contemporáneo: Los avances de la tecnología comunicacional sobre el individuo y la sociedad. Buenos Aires, Lerner, 1975. p. 41.

la dignidad de la persona podría ser argüida como sustento jurídico del mismo. Nada productivo para el Estado democrático y constitucional de derecho se ha de conseguir con el vídeo sobre 'Las Prostitvedettes', ni con la emisión de imágenes que muestran partes íntimas de la querellante, máxime si los medios de comunicación social están obligados a colaborar con el Estado en la educación y formación moral y cultural de la nación, tal como lo precisa el artículo 14°, *in fine*, de la Constitución.

Queda claro, entonces, que la utilización del argumento de la prostitución clandestina no ayudaba ni ahondaba en nada en el tema de la adecuación de la medida realizada por los demandantes.

4.a.ii. El juicio de necesidad

44. El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista.

Asumiendo este argumento, se ha señalado que la vida privada

(...) es un derecho fundamental, razón por la cual las leyes que pretendan limitarlo han de contar con una muy sólida justificación. Deben ser necesarias para satisfacer un imperioso interés estatal³².

Es relevante, por tanto, para evitar afectar la vida privada de una persona, que el ejercicio del derecho fundamental a la información se realice sin excesos. Y de otro lado, en pos de la optimización de cada derecho en juego, buscar que la medida utilizada permita el mejor desarrollo posible del derecho a la vida privada, tal como ha debido suceder en el presente caso.

45. La propia Corte Suprema, en el proceso penal seguido contra los demandantes, precisó que

(...) en el caso materia de incriminación se evidencia una injerencia ilegítima a la intimidad, pues el reportaje televisado 'Las Prostitvedettes' exhibe a Mónica Adaro Rueda manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino. Que filmaciones de tal naturaleza constituyen formas de cómo se puede penetrar y quebrantar las fronteras del entorno de la intimidad propia de cada persona, ya que evidentemente no era una información de interés público. Más reprobable y desvalorada resulta la conducta sub examen, al haber reconocido los propios sentenciados que provocaron el encuentro sexual instruyendo al llamado 'contacto' para que oficie de instigador³³.

Lo importante en un caso como éste es determinar si la propalación del reportaje en un canal televisivo de señal abierta era necesario para cumplir con el objetivo de informar, y si la forma en que éste se realizó se puede considerar como válida a partir de la búsqueda de protección de la vida privada de las personas. Por ello, este Colegiado se centrará en dos aspectos relevantes; el primero, relacionado con el tipo de imágenes emitidas y, el segundo, con la urgencia de descubrir una red de prostitución clandestina.

46. Un tema que vale la pena resaltar está referido al tipo de imágenes que el reportaje emitió. En primer lugar, debe tomarse en cuenta el momento en que se emitieron las imágenes: la transmisión se produjo a las nueve de la noche, horario en que se transmitía - y aún hoy se transmite - Magaly TV. En ese momento, ese horario era considerado ya de carácter familiar³⁴, y por lo tanto no era correcta la difusión de imágenes como las contenidas en 'Las Prostitvedettes', máxime si, según el artículo 27° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N.° 013-93-TCC, vigente en el momento en que se emitió el reportaje, se demandaba a los medios de radiodifusión que puedan

(...) difundir una programación que mantenga los principios formativos que relievén la dignidad eminente de la persona humana y la defensa de la familia como célula básica de la sociedad, así como los demás valores que proclama la Constitución Política del Perú como factores de integración, de identidad nacional y de pacificación.

Nada de lo previsto en esa norma fue respetado en la emisión del reportaje. Es más, se debió evitar la difusión de imágenes que puedan afectar algún derecho de las personas, tal como ocurre cuando se cubre el rostro de alguien (el ejemplo más clásico de ello es cuando aparece un menor de edad, o también cuando testifica alguien que no desea ser reconocido), ya sea tanto con su consentimiento o sin él, cosa que tampoco ha ocurrido en el caso de la querellante. Un discurso visual requiere, además de veracidad, ser necesario para cumplir su objetivo.

47. En el caso de autos se ha dicho que el reportaje buscaba demostrar una red de prostitución en el vedettismo nacional, y que para ello era necesario mostrar a una bailarina, como era la querellante, justamente manteniendo relaciones sexuales sin autorización legal para hacerlo. Supongamos que estuviese permitida la filmación de la persona en la habitación de un hotel, tal como sucedió en este caso, ¿se faculta, aun así, que el medio de comunicación pueda mostrar las partes íntimas de la persona involucrada? En el vídeo presentado³⁵, se observa con

32 SCHNEIDER (*State interest analysis in Fourteenth amendment 'privacy' law*), cit. por Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA. El derecho a la intimidad. En: "Revista Jurídica del Perú". Trujillo, año XLVIII, N.° 14 (ene. - mar. 1998). p. 92.

33 Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria Corte Suprema en el proceso de delito de violación a la intimidad. R.N.

N° 3301-04 (fs. 96 del Expediente).

34 Actualmente, en el artículo 40° de la Ley de Radio y Televisión, Ley N.° 28278, se señala que el horario familiar "(...) es el comprendido entre las 06:00 y 22:00 horas".

35 Vídeo del programa (anexado al Expediente).

claridad cómo la querellante se desnuda -sin saberlo- frente a la cámara, y son vistas sus partes más íntimas (zonas pudendas), sin que se busque evitar tal hecho. Las únicas imágenes cubiertas (a través de un cuadrado negro en la pantalla) fueron las del rostro de la persona que mantuvo relaciones con la querellante.

Queda claro, además, que no hubo consentimiento de la querellante para la filmación y menos para la difusión del vídeo del que fue parte, tal como se ha señalado *supra*, y esto hace aún más ilícito el reportaje.

48. Otro tema que se debe mencionar está relacionado con la ilegalidad aducida respecto a la prostitución no autorizada. He aquí el tema principal de la supuesta afectación del derecho a la defensa, pues se constituye como soporte del argumento presentado por los recurrentes en el proceso penal que se siguió en su contra, y que fue supuestamente desconocido por el juzgador.

Se considera, en el fondo, que los querellados actuaron de acuerdo a derecho, toda vez que presentaron un reportaje, haciendo uso de su derecho a la información, con el fin de descubrir una red de prostitución en la farándula limeña. Queda claro que la prostitución clandestina debe estar proscrita por ser un oficio no permitido en nuestro ordenamiento.

Al respecto, alegan los demandantes a través de su abogado, que la prostitución clandestina es un acto no aceptado en Derecho, por lo que habría que considerarlo como un ilícito o injusto administrativo³⁶. Por ello, a su entender, debía analizarse en primer término si existía dicha red para que, en segundo lugar, se pueda desconocer una protección superlativa de la vida privada. Considera que le incumbió al juzgador averiguar si el ilícito aducido se había producido en la realidad, pues sólo así se hubiese protegido plenamente a los recurrentes.

Frente a ello, para justificar la irrelevancia penal del ejercicio de la prostitución clandestina de la querellante en la responsabilidad de los recurrentes en el delito contra la intimidad, el Procurador Público del Poder Judicial consideró pertinente afirmar que

(...) el juez penal, en una extensa sentencia que consta en autos, ha señalado lo siguiente: 'No importa, que lo que realizó la señora Adaro en aquel cuarto de hotel, sea un acto de prostitución o no, no importa que haya estado libando licor con el señor Arancibia o que hayan estado jugando a las escondidas porque no es materia del proceso penal, lo que importa es que existió una violación flagrante de su derecho a la intimidad³⁷.

Por ende, la discusión en sede constitucional debe restringirse a determinar si era importante que el juez

analice la aducida prostitución clandestina, y concluir en si ello comportaba dejar de proteger la vida privada de las personas.

En realidad, ¿qué implica la actividad de la prostitución clandestina? Su ejercicio está regulado básicamente a través de la Ordenanza N.º 141 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, Sobre Obligatoriedad de Portar Carné de Salud, la misma que señala en su artículo 6º que

Las personas que ejerzan el meretricio y/o se desempeñen como acompañantes de baile en boites, clubes nocturnos, cabarets y similares, además del Carné de Salud, están obligadas a poseer un Certificado de Control Periódico epidemiológico, serológico y tebeciano, los cuales serán expedidos por la Autoridad Sanitaria Municipal por períodos quincenales, trimestrales y semestrales, según corresponda.

En caso de que no se cumplan estas exigencias, según el artículo 14º, la Dirección de Salud y Bienestar Social de la Municipalidad podrá sancionar inclusive con una multa a la persona infractora dedicada a tal actividad.

49. ¿Era o no relevante la comprobación de prostitución clandestina en el caso de autos? A criterio de este Colegiado, la existencia de este tipo de prostitución es un hecho que sí ameritaba ser conocido por la sociedad, máxime si a través de su conocimiento podría llegar a protegerse convenientemente la salud en tanto derecho social previsto en el artículo 7º de la Constitución.

Pero una cosa es que se llegue a informar sobre la supuesta red de prostitución existente y otra muy distinta que se vulnere ilícitamente los derechos fundamentales de las personas, en este caso el derecho a la vida privada. Es necesario informar, pero no traspasar los límites externos de la vida privada. Bastaba hacer un seguimiento de la persona que se estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato. Pero no puede ser aceptable, en un Estado democrático y social de derecho, que una cámara se introduzca subrepticamente en la habitación de un hotel para que luego las imágenes captadas muestren públicamente las partes íntimas del cuerpo de una persona. Ello es inaceptable y excesivo. Con la propia transmisión del mensaje (desnudo), se ha terminado desdiciendo y sobrepasando el motivo alegado respecto al reportaje televisivo (presumible prostitución clandestina).

Por ser irrelevante analizar el fin del reportaje (ilícito administrativo manifestado), no puede considerarse superado el juicio de necesidad en el caso planteado, pues lo único claro del vídeo emitido es que éste terminó afectando el derecho fundamental a la vida privada de la querellante.

Lo que también debe tenerse en consideración es que un periodista no es fiscal o juez para, en su investigación, calificar figuras delictivas y, sobre la base de ello, afectar derechos fundamentales ilícitamente. Lo

36 Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia pública del 17 de octubre de 2005).

37 Declaración del Procurador Público del Poder Judicial (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005).

que le corresponde hacer en tal caso es dar cuenta al Ministerio Público o al Poder Judicial, para que estos actúen de acuerdo a sus competencias.

4.a.iii. El juicio de proporcionalidad

50. A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada.

En el caso de la relación entre vida privada e información, se procura que ambos derechos tengan la mayor efectividad posible, y que uno y otro sean protegidos de una manera adecuada, máxime si ha habido circunstancias que demuestran la desproporcionalidad del reportaje emitido.

Según este juicio, quizás hubiese bastado, para concretar el propósito del reportaje, que éste mostrase a la persona teniendo relaciones sexuales, pero es excesivo y exagerado haber presentado públicamente (a través de un medio de comunicación social) el cuerpo desnudo de la querellante. Es decir, en este caso era irrelevante saber si había, o no, prostitución clandestina. La violación de la vida privada se concretaba con la emisión de imágenes como las del vídeo.

51. En este tema, resulta particularmente llamativa la actuación realizada por los querellados en la comisión del delito de violación de la intimidad, pues demuestra el poco interés mostrado en la protección del derecho a la vida privada de la víctima.

Así, debe constar cómo los propios inculpados del proceso penal, ahora demandantes en el proceso constitucional, propiciaron la comisión del ilícito administrativo, el cual, a su vez, es alegado ahora como parte de su derecho a la defensa. Ellos mismos pusieron a la persona que tuvo relaciones sexuales con la querellante, tal como la propia recurrente lo relata:

(...) como parte de una investigación periodística y debido a que habían muchos indicios que señalaban que la prostitución clandestina se había enquistado entre las vedettes de nuestro medio (...) decidimos averiguar qué tan ciertos eran estos indicios. Fue así que después de una larga investigación llegamos hasta una proxeneta conocida con el nombre de 'Corín', quien aseguró tener entre las mujeres que ella ofrecía vedettes conocidas de la televisión, fue así que luego de llamar a la persona que se hizo pasar como cliente logramos comprobar en la investigación que la vedette Yesabella y Mónica Adaro se dedicaban a la prostitución clandestina (...)³⁸.

38 Instructiva de Magaly Jesús Medina Vela, del 28 de enero de 2003 (fs. 62 del Expediente). Lo mismo fue señalado por el otro coinculpadado [Instructiva de Ney Edgardo Guerrero Orellana, del 28 de enero de 2003 (fs. 67 del Expediente)].

De ello se advierte la intencionalidad de los propios querellados para que las imágenes sean captadas, pues colocaron una cámara de filmación de manera oculta (y pese a que la querellada la buscó, no la encontró, tal como se observa en el vídeo del programa³⁹), y enviaron una persona para que contacte intencionalmente a la bailarina que querían descubrir. Como se puede ver, los recurrentes nunca tuvieron interés alguno en proteger la vida privada de la víctima, ni en poner a conocimiento de la autoridad policial o fiscal supuestos ilícitos penales (o administrativos), sino propalar un reportaje sobre un tema reservado para las investigaciones de las autoridades públicas -o en todo caso, presumir tal ilícito-. De esta forma, y tal como el mismo abogado de los demandantes lo reconoce⁴⁰, hubo afectación del principio de proporcionalidad en el reportaje realizado.

4.b. El desarrollo colectivo en la medida

52. Luego de concluir con el análisis de la ponderación según parámetros genéricos, debe efectuarse un examen desde el punto de visto específico.

En cuanto a la relación entre los derechos a la información y a la vida privada, debe insistirse en la correspondencia existente en derecho entre lo público y lo privado. Una buena muestra de esta distinción se constata en el Constitucionalismo Histórico nacional. Así, el artículo 20° de la Norma Fundamental de 1867 consideraba que no existía responsabilidad de la prensa cuando los asuntos eran de interés general, situación que variaba completamente cuando mediaba un interés privado, o como ella misma denominaba, 'publicaciones sobre asuntos personales'.

En conclusión, debe establecerse cuándo se está realmente frente a un 'discurso público', teniendo en cuenta que este incluye un desarrollo colectivo de la sociedad. Este tipo de discursos

(...) está en la base de una serie de distinciones (...): asuntos de interés público (*matters of public interest*) por oposición a los que no la tienen, intimidad (*privacy*), figuras públicas y simples particulares (*public figures, private persons*)⁴¹.

En el análisis de la validez del derecho a la información o a la vida privada se tendrá como característica esencial e imprescindible su acercamiento a una base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de la colectividad. Sólo de este forma podrá ser entendido el interés público en una información vertida por los medios de comunicación

39 Vídeo del Programa (anexado al Expediente).

40 Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005): considera desproporcional la actuación de sus defendidos.

41 Análisis del proyecto de MEIKLEJOHN, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. *El mercado de las ideas*. Madrid, CEC, 1990. p. 28.

social. Este desarrollo colectivo se materializa en dos ámbitos: uno subjetivo (proyección pública) y otro objetivo (interés del público).

4.b.i. El juicio de proyección pública

53. Un primer aspecto respecto a la formación de la opinión pública por intermedio de la información vertida por los recurrentes se refiere a la validez de la proyección pública en el caso concreto. Se asume que el grado de conocimiento de la población respecto a ciertos personajes conocidos hace que la protección de su vida privada puede verse reducida.

En el caso concreto, por lo tanto, se aduce la proyección pública de la querellante para justificar la intromisión en su vida privada. Para justificar ello, el abogado defensor de los demandantes señala que

Magaly Medina es la principal exponente de la prensa chicha televisiva y (...) la prensa no convencional tiene dos temáticas fundamentales, que son los dos arquetipos de la sociedad cuantitativamente más importantes de este país (...). Entonces, dentro de esa sociedad, los dos arquetipos fundamentales son la vedette y el futbolista (...). De lo que acontece es esto, para el público y la temática que había estaba dentro del formato del canal, si ésta es la idea, dentro del formato del programa estaba la temática⁴².

Frente a tal aseveración, en el proceso penal que se les siguió por violación a la intimidad, el juzgador señaló que

(...) aun cuando admitamos de manera forzada que la agraviada Mónica Adaro es líder o corriente de opinión en nuestro país, justo es señalar que las revelaciones hechas sobre ella nada tienen que ver con la actividad por la cual es públicamente conocida: su labor como cantante y bailarina (...)⁴³.

Con dos posiciones encontradas como las que mostramos, corresponde formular algunas precisiones sobre lo que puede aseverarse con relación al juicio de proyección pública y su relación con los derechos fundamentales involucrados.

54. Cuando un suceso involucra a una persona conocida por todos, existe una mayor preocupación del resto de gente en saber sobre ella o conocer lo que los otros opinan sobre la misma. No es que haya una protección desigual con respecto a su vida privada, sino que simplemente se está reconociendo una diferenciación.

Pero, ¿por qué brindarle mayor protección las

personas sin proyección pública frente a los que sí la tienen? Para responder a esta interrogante se impone un análisis tanto de la importancia de sus actividades como de su posibilidad de respuesta ante un ataque desmedido, toda vez que el acceso que tienen a los medios de comunicación social es mucho mayor que el que de los particulares.

Lo que también es cierto es que existen diversos tipos de personas con proyección pública, cada una de las cuales cuenta con un nivel de protección disímil. Según el grado de influencia en la sociedad, se pueden proponer tres grupos de acuerdo con el propósito de su actuación:

- *Personas cuya presencia social es gravitante:* Determinan la trayectoria de una sociedad, participando en la vida política, económica y social del país. Ellas son las que tienen mayor exposición al escrutinio público, por cuanto solicitan el voto popular.
- *Personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad:* Su actividad implica la presencia de multitudes y su vida es constantemente motivo de curiosidad por parte de los particulares, aunque tampoco se puede negar que ellos mismos buscan publicitar sus labores, porque viven de la fama.
- *Personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad:* Sus actividades repercuten en la sociedad, pero no la promueven, como puede ser el caso de los funcionarios públicos.

Como se puede dar uno cuenta, la querellante y uno de los querellados se insertan en el segundo grupo de personas con proyección pública.

55. Lo que queda por dilucidar en el caso es si era relevante para determinar la intromisión de la vida privada de la persona el hecho de que ella era una bailarina conocida, y si es que para tal propósito se requería averiguar la existencia de prostitución clandestina.

En un caso de Jurisprudencia Comparada, se publicaron en un semanario diversos artículos titulados 'Mi vida' como si la propia artista, protagonista de estas historias, los hubiese escrito, lo cual era falso. Por ello, se señaló en la Corte de Apelaciones de París, en el caso de Marlene Dietrich, que

(...) las vedettes están protegidas por los mismos principios (generales), y no corresponde hacer una excepción en lo que a ellas concierne, bajo el pretexto espacioso de que ellas buscan una publicidad indispensable a su celebridad.

Entonces, las personas que se dedican al vedettismo también gozan de la protección de su derecho a la vida privada, y más aún de su intimidad, por más proyección pública que realicen de sus actividades. Es inaceptable, por ello, que en el caso de autos se asevere, o se deje sentado, que porque la querellante era una persona pública, podía vulnerarse o transgredirse su derecho a la vida privada, y exponerla

42 Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005).

43 Sentencia de primera instancia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima. N.º 396-2001 (fs. 82 del Expediente).

gratuitamente a un fútil escrutinio de la comunidad.

4.b.ii. El juicio de interés del público

56. El segundo gran tema respecto al desarrollo colectivo está referido a los asuntos que merecen una atención especializada de la sociedad. En él se demuestra cómo una persona puede terminar informando un asunto que imperiosamente merece ser conocido por los demás, y que ello justifica alguna intromisión de la vida privada de alguien. Ello tampoco ha de impedir la protección de los derechos de los afectados, sino simplemente la disminución de los límites externos de uno de ellos.

Respecto a la filmación realizada, se afirma que ésta versaba sobre una cuestión de interés general, lo cual justificaría la posibilidad de invadir la esfera personal de la querellante, pues

(...) debido a que era un tema de interés público, había que demostrar la penetración de la prostitución en el ambiente artístico y al espectáculo ya que muchas personas utilizan los medios de comunicación como artistas y finalmente no lo son, dejando en claro que el fin fue hacer conocer un hecho de interés público⁴⁴.

Por tanto, corresponde ahora analizar qué se entiende por juicio del interés del público, pues solamente a partir de ello se podrá determinar si el juzgador estuvo acertado en no tomar en consideración una defensa técnica como la referida a la prostitución clandestina de la querellante.

57. El criterio en mención está en relación directa con la formación de la opinión pública. Lo público es una garantía de respeto a lo privado si se asume el rol del Estado, pero no debe olvidarse que la sociedad se preocupa también del respeto de sus miembros y de evitar la invasión de los ámbitos personales.

De esta forma, no se puede argüir como válida, por más interés del público que exista, una intromisión ilegítima en el ámbito privado de las personas, ya que al medio de comunicación social

(...) sólo le corresponde protección en el tratamiento de cuestiones que afecten lo público. Pero la prensa pierde la protección jurídicamente reforzada de su función política cuando injustificadamente penetra en la esfera puramente privada para exponer, sin interés público, la vida privada de las personas o a una discusión que dañe su honor⁴⁵.

Para determinar correctamente la formación de la opinión pública, se ha considerado pertinente observarla

desde un doble punto de vista. Normativamente, se protege exclusivamente el discurso cuya importancia implica una real y efectiva participación de los ciudadanos en la vida colectiva, en clara referencia a las materias relevantes para el proceso democrático de autogobierno. Descriptivamente, es el discurso que interesa a una parte del público o a todo él en el sentido de presentarse, en el ámbito ético-político, como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes y necesidad ajenas, y, de forma jurídica, como un compromiso de los poderes públicos de hacer efectiva la igualdad material.

58. No debe confundirse interés del público con mera curiosidad. Es deleznable argumentar que cuando muchas personas quieren saber de algo, se está ante la existencia de un interés del público, si con tal conocimiento tan solo se persigue justificar un malsano fisgoneo.

Este Colegiado ha reconocido la importancia del derecho a la información, pero en estrecha vinculación con su rol democrático, cosa inexistente cuando se está ante un acto de curiosidad. Lejos de él, su protección debería disminuir. Hablando de la expresión y la información, se ha señalado, en la sentencia del Expediente N.º 0905-2001-AA/TC, que

(...) ellas no constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y un complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. También se encuentra estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública.

De otro lado, en un caso de Jurisprudencia Comparada (Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, Causa 1985-B-114, Caso Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida), el juzgador afirmó que si bien es cierto que es de interés público conocer la salud de un político célebre, no lo es menos que dicho interés no justifica invadir su vida privada ni tampoco difundir las fotos de dicha persona en estado agonizante.

Asimismo, en el ámbito internacional, se ha dejado sentado claramente qué significa el interés del público referido a la toma de imágenes relacionada con la vida privada de las personas. Este criterio marca claramente el límite del derecho a la información. Así, en el ya nombrado caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Von Hannover c. Alemania (*Application* N.º 59320/00), del 2004, se estableció lo siguiente:

(...) el Tribunal considera que la publicación de fotos y artículos en cuestión, respecto de las cuales el único propósito era satisfacer la curiosidad de un sector particular de lectores de conocer los detalles de la vida privada de la demandante, no puede ser considerado o juzgado como contributivo al debate alguno de interés general para la sociedad a pesar que la demandante sea

44 Instructiva de Ney Edgardo Guerrero Orellana, del 28 de enero de 2003 (fs. 67 del Expediente).

45 SCHEUNER (*Pressfreiheit*), cit. por Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. "La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 11, N.º 32. p. 107.

conocida públicamente (...). Estas fotos fueron tomadas -sin el conocimiento o consentimiento de la demandante- y el hostigamiento sufrido por muchas figuras públicas en su vida diaria no pueden ser completamente desestimados (...). Además, el Tribunal considera que el público no tiene un legítimo interés de saber dónde se encuentra la demandante y cómo ella actúa o se desenvuelve generalmente en su vida privada, aunque ella aparezca en lugares que no siempre puedan ser descritos como aislados y pese al hecho que ella sea muy conocida públicamente.

Por tal razón, cuando una información no cumple un fin democrático y se convierte en un malsano entrometimiento que afecta el derecho a la vida privada de un tercero, el grado de protección del primer derecho fundamental habrá de verse distendido, sobre todo si se afecta la protección de la dignidad de las personas, establecida en el artículo 1° de la Constitución.

59. Regresando al caso concreto, la existencia de prostitución clandestina no puede ser considerada como un dato periodístico que revista el carácter de interés público. Mejor dicho, tal reconocimiento no puede ser usado en el proceso penal llevado a cabo contra los querellados como una noticia de interés público.

Quizás la proscripción de la prostitución clandestina en aras de proteger la defensa de la salud pública, prevista en el artículo 7° de la Constitución, puede ser materia de control mediático, pero la utilización de imágenes que exponen partes íntimas de la querellada no puede considerarse como válida porque no aporta nada a la investigación realizada. No contribuye al desarrollo de la sociedad peruana saber que una o dos bailarinas se hayan dedicado al meretrício. Y sí es más bien indefendible y refutable plenamente que se exponga no sólo el cuerpo desnudo de una persona pública, sino que se la muestre manteniendo relaciones sexuales, con el objeto de alegar un interés del público en una noticia de este tipo. Interés del público no es, ni puede ser, sinónimo de figoneo, impertinencia o curiosidad. El elemento objetivo de una noticia difundida a través de un programa de farándula no puede ser admitido en un Estado democrático y social de derecho que desea proteger realmente los derechos fundamentales de la persona.

De lo expuesto, por más trascendente que sea para la sociedad la investigación sobre la prostitución clandestina en el país, no justifica de ningún modo la vulneración de la vida privada de una persona. Coincidimos en que es innecesario un análisis judicial, pese a lo que alegan los recurrentes, respecto a la existencia de la prostitución clandestina. En primer lugar, porque era excesivo realizar indagación alguna sobre ella, puesto que la vulneración del derecho a la vida privada de la querellante se sustentaba en la emisión de imágenes que no tenían valor constitucional con el supuesto fin del reportaje de Magaly TV. Y, en segundo lugar, porque someter a estudio judicial esta materia no correspondía a la sede penal en la cual se llevaba a cabo el proceso por violación de la intimidad.

60. Un análisis ponderativo, tanto de los criterios genéricos como de los específicos, de los dos derechos en relación, lleva a la conclusión de que la defensa técnica de los recurrentes realizada en el marco del proceso penal que se siguió en su contra no ha sido afectada de forma alguna. Ahora sí se puede señalar que todo ha sido llevado de manera regular en el ámbito judicial.

Si bien es aceptable que una persona pueda informar sobre un asunto como es la prostitución clandestina, no puede ser válido que ello se realice presentando uno o dos casos (pues también se presentó otro vídeo de similares connotaciones), a través de la transmisión de imágenes inútiles para la investigación periodística. Se puede decir que los demandantes buscaron ejercitar su derecho a la información, cumpliendo con el respeto a su contenido esencial de veracidad, pero el problema se encuentra en mantener incólume su contenido accidental. Justamente, el derecho a la vida privada es uno de los límites que posee el derecho a la información, y es precisamente este derecho el que protegía a la querellante. Ante tal circunstancia, era necesario determinar cuál era el contenido de cada uno de estos derechos.

Aparte de establecer que las sentencias judiciales cumplen con un *test* de razonabilidad, se debe convenir en que existen suficientes elementos de juicio para que el juzgador haya declarado la culpabilidad de los querellados. Para insistir en el carácter doloso de la actuación de los ahora demandantes, el juzgador de primera instancia señaló que, aparte de no contarse con el consentimiento de la querellada, las imágenes no sólo fueron transmitidas un solo día (31 de enero del 2000), sino también fueron reproducidas los días 2, 3, 4 y 7 de febrero del mismo año⁴⁶.

La reincidencia de la conductora de televisión con respecto a la vulneración de los derechos de la bailarina fue justificada por uno de los demandantes:

(...) sí volvimos a propalar algunos extractos del vídeo original debido a que la vedette Mónica Adaro declaró públicamente que la persona con la que había sido grabada era su pareja sentimental, declaró que no había recibido dinero, declaró que el video era una trampa entre otras acusaciones sin sentido por lo que nos vimos obligados a responderle con imágenes que hablan más que las palabras. Estas acusaciones públicas, ellas las hizo a través de sintonizados programas y en noticieros de la televisión, por lo tanto nos vimos obligados a responderle por el mismo medio⁴⁷.

Frente a ello, el juzgador de segunda instancia insistió correctamente en el dolo existente en la conducta de los querellados, precisando que con la reiteración

46 Sentencia de primera instancia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima. N.° 396-2001 (fs. 75 del Expediente).

47 Instructiva de Magaly Jesús Medina Vela, del 28 de enero de 2003 (fs. 63 del Expediente).

de las imágenes se ha seguido penetrando de manera arbitraria en los ambientes íntimos de una persona, o en los acontecimientos íntimos de ésta⁴⁸.

Para los recurrentes, era elemental terminar favoreciendo a la información en virtud de la existencia de una supuesta red de prostitución clandestina, dato que fue revisado y analizado en sede judicial, aunque sin la acuciosidad que los recurrentes reclamaban. Sin embargo, tras realizar un examen ponderativo adecuado (con cinco juicios ampliamente explicados), queda claro que tal pedido es irrelevante a fin de resolver correctamente el caso concreto. Por tal razón, la demanda en este extremo es claramente infundada.

D. EFECTOS DE LA PRESENTE SENTENCIA

61. Este Tribunal, en la resolución del caso, consideró indispensable e indefectible analizar detenidamente los argumentos vertidos por los recurrentes respecto a la violación del derecho a la defensa constitucionalmente recogida.

Este desarrollo expositivo no afecta la independencia judicial en la resolución de un caso en concreto, pues su fin exclusivo fue examinar la alegada vulneración de un derecho fundamental por parte de quienes acudieron a la vía del hábeas corpus.

Este Colegiado enfatiza en que el objetivo de este examen ha sido, y debe ser, estrictamente constitucional. Esta intervención tutelar del órgano de control, entonces, tuvo como propósito concordar la actuación de la magistratura con la protección de la persona. No ha habido intromisión, sino simplemente una búsqueda de compatibilizar dicha actuación jurisdiccional con los preceptos constitucionales.

62. Lo expuesto no obsta para que se llame la atención a los magistrados de primera y segunda instancia del proceso penal.

Las normas pertinentes del Código de Procedimientos Penales deben ser aplicadas al caso concreto y analizadas en su plenitud para ver si su inobservancia acarrea una responsabilidad de índole constitucional por parte de los demandados. Respecto a cómo debe responder el Poder Judicial ante un ofrecimiento de pruebas, se asevera que por más dificultades temporales de los juzgadores para resolver, siempre habrá de explicarse las razones para la que se llega a esta conclusión. Por ello, se debe reiterar la importancia de que el Poder Judicial responda ante los requerimientos de las partes de un proceso con la responsabilidad que dicha institución posee, y según el rol constitucional que se le ha asignado.

Finalmente, por más que en el extremo de la violación del derecho a la prueba se haya declarado

improcedente la demanda, ello no justifica el modo como fue llevada a cabo la actuación judicial en este caso. Por eso, se requiere de los magistrados mayor compromiso con su actividad, en el sentido de dar respuesta (así sea negativa, como correspondió en este caso) dentro del plazo que corresponda, como derecho de todo justiciable. Esperamos que estos pedidos puedan, en siguientes oportunidades, ser contestados en el plazo debido.

63. De otro lado, del estudio de los actuados queda claro que la decisión del órgano jurisdiccional ha sido plenamente válida, y que el pedido de los recurrentes ante esta sede no sólo desatiende las resoluciones emitidas en sede judicial, sino que pretende que este Colegiado se constituya en una instancia más del proceso penal, procurando en la demanda de hábeas corpus inducir una supuesta actitud temeraria de parte de los magistrados emplazados.

En conclusión, este Colegiado comparte la posición de los demandados en el sentido de que los recurrentes pretenden desconocer una decisión judicial dictada con todas las garantías legales⁴⁹, y que la demanda es una mera maniobra mediática para eludir el cumplimiento de una resolución ejecutoriada que tiene la autoridad de cosa juzgada⁵⁰.

Este Tribunal reafirma que cualquiera de las resoluciones emitidas en un proceso judicial adquiere calidad de cosa juzgada, y que la judicatura constitucional sólo podrá intervenir cuando haya vulneración de los derechos fundamentales de los litigantes, cosa que no ha sucedido en el caso de autos.

64. Por tal razón, este Colegiado considera necesario referir un tema que nos causó extrañeza al momento de analizar tanto el expediente de hábeas corpus como el penal. El asunto se refiere a que si bien se solicita la prueba testimonial, no se presenta a los dos abogados que supuestamente emitieron informe, sino simplemente a uno de ellos.

La duda de este Tribunal surgió cuando, a la hora de observar los escritos presentados por los recurrentes en la querrela iniciada en su contra, el nombre del estudio al cual pertenece el abogado de los recurrentes incluye el apellido de quien precisamente es el abogado externo del canal, y que es esta persona la que no ha sido presentada como testigo. Así, respecto al informe interno, es lógico que se solicite la intervención del abogado interno de Frecuencia Latina, pues él lo debió haber elaborado. Sin embargo, respecto al informe externo, resulta extraño que se solicite interrogar al representante del canal, y que no se hubiese pedido la declaración del mencionado abogado externo.

48 Sentencia de segunda instancia emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres. Exp. N.º 1836-03 (fs. 89, 90 del Expediente).

49 Toma de declaración de vocal supremo Robinson Octavio Gonzales Campos (fs. 122 del Expediente).

50 Apersonamiento y absolución de traslado de la demanda de hábeas corpus por parte del Procurador Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial (fs. 160 del Expediente).

Ante ello, en la audiencia pública le preguntamos explícitamente al abogado defensor si alguno de los letrados que realizaron los informes pertenecía a su estudio. La respuesta fue la siguiente:

En esa época, no. Uno, sí; uno, no⁵¹.

Lógicamente, se estaba aceptando que el abogado Souza era -y es- el socio del abogado Nakazaki, cuyo Estudio Jurídico es el que patrocina a los demandantes en la presente demanda de hábeas corpus. Según se puede observar, quienes promueven la emisión del reportaje sobre 'Las Prostituedettes', gracias a un informe externo, son los mismos que posteriormente patrocinan a los recurrentes en un proceso penal, y actualmente los respaldan jurídicamente en el proceso constitucional.

Inclusive, en el mismo proceso penal, utilizando los argumentos de la propia defensa, se pudo haber terminado investigando a dichos abogados (externo e interno) por una posible instigación en la comisión del delito de violación de la intimidad. Debemos recordar que, según alegan los propios recurrentes, estos cometieron el delito simplemente porque ambos abogados les señalaron que no existía un problema de legalidad en sus actos.

65. Según el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales tienen como fin la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la persona. En conjunción con ello, estos procesos deben ser desarrollados sobre la base de un principio como es la celeridad, tal como lo señala el artículo III del mismo cuerpo normativo. Sobre esta base, corresponde a este Colegiado tutelar los derechos a las personas en un tiempo adecuado. En un análisis objetivo de esta afirmación, queda claro que no podrá permitirse actuaciones procesales que lo único que buscan es, antes que proteger derechos, crear supuestos temerarios asentados en la irreflexión y osadía, con el único propósito, tal como se constata en el petitorio de la demanda, de demorar la conclusión final del proceso originario.

Por más tutelar que sea la función del Tribunal Constitucional, no puede permitirse que se utilice dispendiosa y maliciosamente los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, lo que a su vez, acarrea una desatención de otras causas que merecen atención, y que, por analizar casos como el planteado, deben esperar una respuesta más lenta de la que podría haberse realizado si es que no estuviesen permitidas actuaciones como la realizada por los recurrentes. Al respecto, según el artículo 56° del Código Procesal Constitucional, se podrá condenar al pago de costas y costos al demandante cuando se incurra en manifiesta temeridad.

Si bien la norma está relacionada con los

procesos de amparo, este Tribunal estima oportuna su utilización para el caso de autos, pues una interpretación extensiva coadyuvará a que los fines de los procesos constitucionales (proscripción de procesos no céleros) sean cumplidos. Este Colegiado considera, asimismo, que, para que haya una verdadera protección objetiva, y cuando las circunstancias así lo obliguen, es pertinente imponer multas, y no sólo para los demandados, sino cuando medie mala fe por parte de los demandantes.

Como se ha podido advertir, la actitud de los recurrentes ha sido plena y absolutamente irreflexiva. Varios hechos demuestran esta disposición a lo largo del proceso; entre otros, se pueden mencionar: presentar un pedido de inhibición cuando ello no procedía; reclamar el uso de los procesos constitucionales contra cualquier tipo de sentencia; dejar de presentar testigos; evitar relacionar la intervención de los miembros de su estudio a lo largo de los procesos penal y constitucional; presentar una demanda cuando se sabía perfectamente que iba a ser desestimada; pretender rectificar en sede constitucional lo que había sido ya perdido en la ordinaria. La realización de este tipo de actos ha contraído consecuencias negativas a este Colegiado, perturbando el cumplimiento adecuado de sus funciones constitucionales, motivo por lo cual se impone aplicar a los demandantes el pago de costos y costas del proceso, así como una multa (según el artículo 22°, su determinación es discrecional del juez) de veinte unidades de referencia procesal (20 URP).

66. Pese a que el pago se impone contra los recurrentes por una desestimación del petitorio de la demanda, de los datos presentados a lo largo del proceso seguido, este Colegiado ha advertido algunas cuestiones respecto a la práctica profesional de la defensa. Ésta, por principio, no amerita una utilización arbitraria de los medios procesales que el sistema jurídico provee, sino más bien comporta la necesidad de patrocinar convenientemente a los defendidos. Así, no es posible que los miembros de un estudio jurídico primero manifiesten a sus clientes que pueden realizar un acto porque no lo asumen como delito, cuando sí lo es; luego defenderlos en el proceso penal que se investiga por la comisión de tal acto; y, posteriormente, conducirlos hasta un proceso constitucional como modo de infundir esperanzas –muchas veces infundadas– a quienes confiaron en ellos.

La Norma Fundamental es muy clara cuando prescribe, en su artículo 103°, que no se puede amparar el abuso del derecho. La actuación inapropiada de un abogado defensor, más que beneficiar a sus defendidos, puede terminar impidiéndoles un adecuado patrocinio y protección jurídica, cuestión que, indudablemente, merece ser evaluada a la luz de la deontología forense en el país.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere de la Constitución Política del Perú

51 Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia pública, del 17 de octubre de 2005).

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de inhibición del juez.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos en el extremo que alega la violación del derecho a la prueba.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo de autos en el extremo que alega la violación del derecho a la defensa.
4. **EXHORTAR** a los magistrados del Poder Judicial mayor compromiso en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sobre todo en lo relativo a dar respuesta a los pedidos de los justiciables, por más infundados o improcedentes que estos

sean.

5. **DISPONER** la sanción a los recurrentes de la multa de 20 URP, imponiéndoseles el pago de costas y costos del proceso como consecuencia de su acción temeraria al presentar una demanda absolutamente inviable.

Publíquese y notifíquese.
SS.

**ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
LANDA ARROYO
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI**