

UNIVERSIDAD ANTONIO RUIZ DE MONTOYA

Facultad de Ciencias Sociales



LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA OFENSA EN LA SÁTIRA POLÍTICA: LIBERTAD DE EXPRESIÓN VS. DERECHO AL HONOR. UNA MIRADA A TRAVÉS DE LA COLUMNA SATÍRICA: “REPORTE DESDE EL BAÑO DE DAMAS”, DE LA CHINA TUDELA

Tesis para optar por el Título Profesional de Abogado

Presenta el bachiller:

ADRIAN BAZO CANNOCK

Presidente: Gloria Armestar Bruno

Asesor: Antonio Ruiz Ballón

Lectora: Beatriz May Ling Ramírez Huaroto

Lima, Perú

Junio de 2021

DEDICATORIA

A mi madre, por la paciencia.



RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza la importancia de la libertad de expresión como derecho fundamental dentro de un régimen político democrático, y la posibilidad de un derecho a la ofensa, entendido este como un contenido nuevo dentro de un derecho viejo, con el propósito de determinar si puede existir tal derecho y cuáles serían sus límites.

Para ello, el método utilizado se basa, primero, en la revisión de la realidad sociopolítica peruana, con el punto de partida de la importancia de la sátira en esta desde inicios del siglo XX, para realizar, posteriormente, un estudio doctrinario y jurisprudencial de la relación del derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión.

Finalmente, con uso de la columna del periodista Rafael León, “Reporte desde el Baño de Damas”, donde este escribe bajo el alias “La China Tudela”, se propone ejecutar una ponderación a partir de un caso hipotético, en este, R. León define su derecho a la ofensa ante el Tribunal Constitucional.

Palabras clave: libertad de expresión, derecho a la ofensa, derecho al honor, democracia.

ABSTRACT

The present research work entitled *The Limits of the Right to Offense through Political Satire: Freedom of Expression vs Right to Honor. A Look through the Satirical Column: Report from the Ladies' Bathroom*, written by “La China Tudela”, analyzes on the one hand the importance of freedom of expression as a fundamental right, within a democratic political regime. And, on the other, the possibility of a right to offend understood as a new content within an old right, seeking to analyze whether such a right may exist, and what its limits would be.

For this, the method used has been based, first, on the review of the Peruvian socio-political reality, taking as a starting point the importance of satire in it since the beginning of the 20th century. Then we have carried out a doctrinal and jurisprudential study of the Right to honor and the right to freedom of expression.

Finally, using the column of the journalist Rafael León, *Report from the Women's Bath*, where he writes under his alias “La China Tudela”, it has been proposed to make a weighting from a hypothetical case, where R. León would be defending his right to the offend before the Peruvian Constitutional Court.

Keywords: freedom of expression, right to offend, right to honor, democracy.

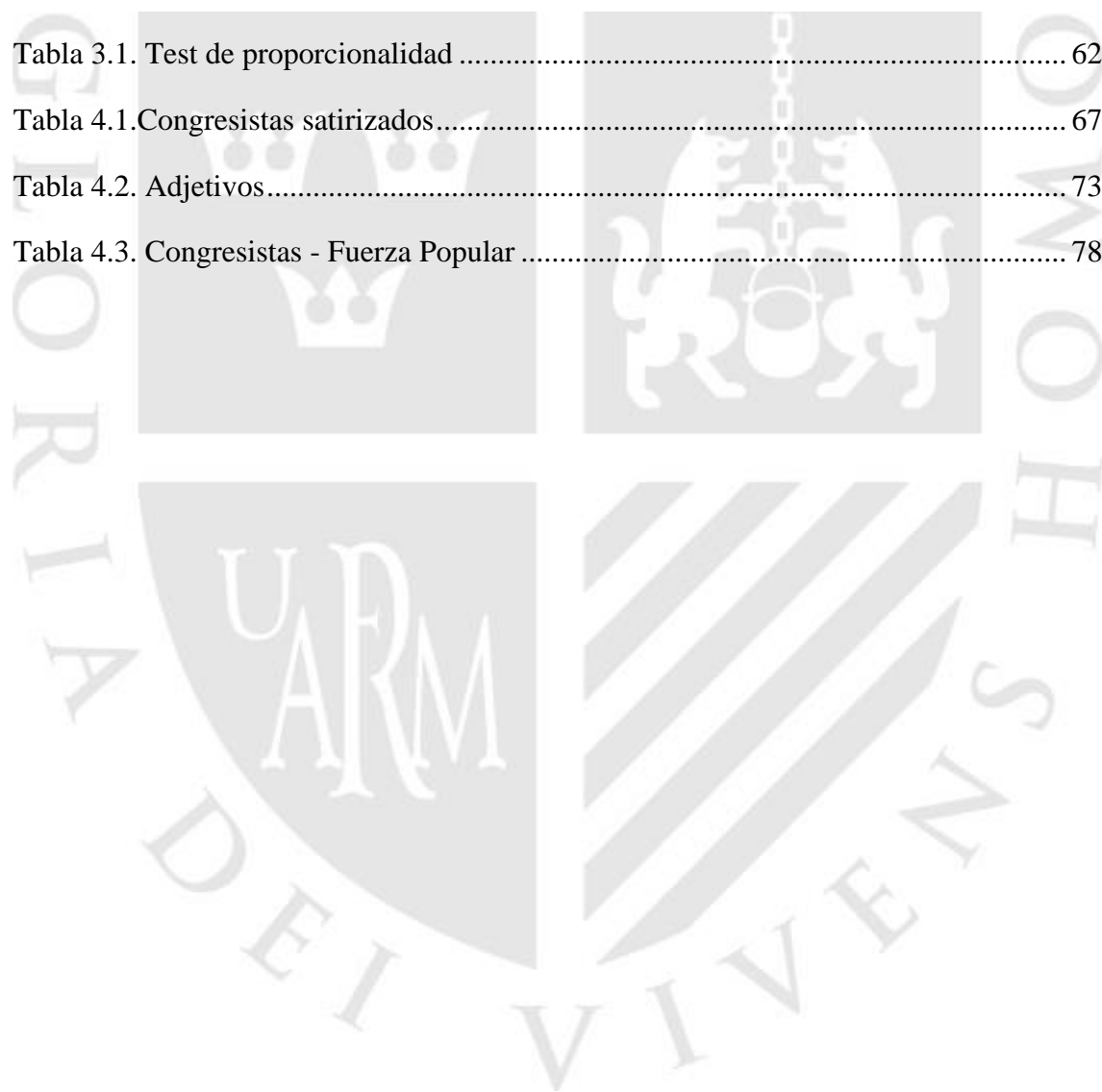
TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I. LA SÁTIRA POLÍTICA COMO FENÓMENO SOCIAL.....	15
1.1 El humor político y la sátira.....	15
1.2 La diferencia entre la sátira y los insultos en la esfera pública	20
1.3 La sátira política en Perú 1990-2020 - la precarización del debate político.....	22
1.4 Conclusiones: la sátira como libertad de expresión en la sociedad actual	26
CAPÍTULO II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FRENTE AL DERECHO AL HONOR	28
2.1 El honor y la libertad de expresión como bienes jurídicos en el Estado constitucional contemporáneo.....	28
2.1.1 Sobre el derecho al honor.....	28
2.1.2 Sobre el derecho a la libertad de expresión.....	31
2.2 La jurisprudencia frente a la sátira y las burlas	36
2.2.1 Jurisprudencia internacional - Europa y Estados Unidos.....	36
2.2.2 Jurisprudencia de la Corte IDH.....	40
2.2.3 Jurisprudencia nacional.....	41
2.3 El balance entre doctrina y jurisprudencia.....	45
CAPÍTULO III. REPORTE DESDE EL BAÑO DE DAMAS: ANÁLISIS DEL CASO Y EL DERECHO A LA OFENSA	52
3.1 La interpretación jurídica.....	52
3.2 La interpretación constitucional	53
3.2.1 El principio de unidad	54
3.2.2 El principio de concordancia práctica	55

3.2.3	El principio de corrección funcional.....	55
3.2.4	El principio de función integradora	56
3.2.5	El principio de fuerza normativa de la Constitución.....	56
3.2.6	El principio <i>pro homine</i>	56
3.3	Sobre principios y reglas	57
3.4	Sobre la proporcionalidad y su desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano	58
3.5	Examen de proporcionalidad	60
3.5.1	Subexamen de adecuación o idoneidad	60
3.5.2	Subexamen de necesidad	60
3.5.3	Principio de proporcionalidad en sentido estricto.....	61
CAPÍTULO IV. LA PONDERACIÓN HIPOTÉTICA EN EL CASO CONCRETO ...		65
4.1	Sobre la columna de la China Tudela	65
4.2	El caso hipotético.....	69
4.2.1	La ponderación.....	70
4.2.2	Análisis de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.....	75
4.3	¿Puede existir un derecho a ofender?	81
4.4	La justificación y el significado de los derechos implícitos	81
Conclusiones.....		87
Recomendaciones		89
Referencias bibliográficas.....		95

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 2.1. Casos.....	46
Tabla 3.1. Test de proporcionalidad	62
Tabla 4.1. Congresistas satirizados.....	67
Tabla 4.2. Adjetivos.....	73
Tabla 4.3. Congresistas - Fuerza Popular	78





INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión es esencial, como derecho fundamental y requisito democrático, para el pleno desarrollo de la persona y el correcto desenvolvimiento sociopolítico de todo Gobierno democrático. En este contexto, la sátira, el humor y/o la ironía, que se transforman con las sociedades y sus valores, son herramientas importantes dentro del ámbito del debate y el control político que puede ejercer la ciudadanía sobre el Gobierno; pero el nuevo contexto comunicacional, donde la opinión privada se confunde con la opinión pública, y la procacidad, la manipulación de la información, etc son parte del nuevo juego incierto de la libertad de expresión, la sátira parece confundirse con la ofensa.

Lo anterior se hace más tangible en una sociedad como la peruana que, próxima al bicentenario de su independencia, no deja de tener una democracia débil, por ende, cabe preguntarse ¿Ha cobrado mayor legitimidad la ofensa? ¿Existe como derecho? ¿Estaría protegido por la libertad de expresión? Bajo estas preguntas, la hipótesis plantea que existe un derecho a la ofensa como contenido nuevo de un derecho viejo que cuenta, actualmente, con más arraigo social y, difícilmente, se podría positivizar, asimismo, encuentra límites más allá del honor individual en la propia convivencia democrática.

Así, este conflicto entre la libertad de expresión vs. el derecho al honor, aunque se trata de uno antiguo, debe analizarse hoy en día desde la perspectiva de una sociedad hipercomunicada y menos sensible a la procacidad, esto debido a que el habla cotidiana ha pasado del ámbito privado al público gracias a las redes sociales. Por lo tanto, el derecho al honor es un derecho fundamental y un requisito democrático esencial, este como consecuencia de la igualdad fundada en el principio de dignidad humana para participar de la vida política bajo las mismas condiciones, con iguales derechos y

obligaciones, este no debe dejarse de lado como resultado de la “normalización” y la cotidianeidad que la ofensa ha tomado en esta nueva sociedad.

En la actualidad, en medio de este nuevo contexto comunicacional, cobra relevancia este antiguo conflicto, puesto que aún se alude, en diferentes sectores de la jurisprudencia y de la doctrina, al “derecho a la ofensa” como parte del contenido del derecho a la libertad de expresión.

En este sentido, el problema que esta tesis aborda es ¿Cuál es el límite de la libertad de expresión respecto con la ofensa hoy en día? ¿Existe el derecho a la ofensa? ¿Está protegido por la libertad de expresión? Para resolver dichas preguntas, se analiza un caso hipotético basado en un hecho real: la columna de sátira política “La China Tudela”, específicamente, “Reporte desde el Baño de Damas”, publicada esta el 05 de octubre del 2017 por la Revista Caretas y escrita por el periodista Rafael León. La segunda parte hipotética supone asumir que ha existido un juicio en contra del mencionado periodista, bajo el que se le ha condenado con un año de pena suspendida por el delito de difamación en contra de la Sra. Cecilia Chacón (quien es uno de los personajes en la columna), esto por haberse referido a ella como una “putita francesa”.

En tal marco, el condenado presenta un amparo contra la resolución judicial condenatoria, esto con el argumento, bajo el precedente Apolonia Ccolleca (Sentencia recaída en el Expediente N. 3179-2004-AA/TC), de que la resolución judicial, aun cuando ha sido emitida dentro de un proceso regular en el que se ha respetado la tutela procesal efectiva, ha lesionado su derecho fundamental a la libertad de expresión. Por ende, la presente tesis tiene el fin de realizar un ejercicio de ponderación para resolver, en el caso concreto e hipotético, si ha habido, o no, una afectación al derecho fundamental a la libertad de expresión del autor de la columna.

De este modo, se estudia si la libertad de expresión contiene, dentro de sí, el “derecho a la ofensa”, y cuáles serían sus límites, o si no tiene cabida dentro del umbral de protección de la libertad de expresión.

La motivación de este trabajo es resultado de la realidad sociopolítica nacional, especialmente, por los hechos ocurridos del 2016 en adelante; de este periodo presidencial a la actualidad (en este lapso fueron varios presidentes), el país ha pasado por una serie de procesos políticos (vacancias, cierre del Congreso, huelgas, denuncias de corrupción, entre otros) que han permitido dar cuenta de la importancia de la libertad de expresión

como herramienta de control democrático de la ciudadanía, sin embargo, dicha realidad no es una situación aislada, pues la sátira, como parte de la libertad de expresión, no es ajena a la construcción como república democrática. Actualmente, la dinámica de la sátira y las ofensas han dado un giro copernicano en tanto que existen nuevas formas de comunicación tales como las redes sociales, *Twitter, Facebook, Instagram, etc.*

Lo anterior conduce a que las ofensas públicas sean actos más cotidianos como consecuencia de lo fácil que es emitir opiniones dentro del discurso público, empero, esto no significa que no se persiga u hostigue a quienes la ejercen. Por ello, es necesario evaluar la Constitución, la jurisprudencia y la doctrina, para explorar los posibles límites de un “derecho a la ofensa como parte de la convivencia democrática, más allá de la conocida figura de las “injurias recíprocas” prevista en el Artículo 137 del Código Penal¹.

La historia republicana está plagada de golpes de Estado en los que la libertad de expresión siempre ha sido objeto de control y abuso, por ejemplo, la cacería aprista durante el Ochenio de Odría, la prensa “chicha” en el gobierno de Fujimori, o, sin ir muy lejos, las personas que fueron detenidas en las marchas del 14 de noviembre de 2020 en contra del gobierno de Manuel Merino, esto por imprimir pancartas con mensajes en contra del mencionado Gobierno. Así, esta tesis está motivada por el desafío constante que supone ejercer la libertad de expresión en la realidad sociopolítica peruana.

Esto se acentúa cuando se ven los porcentajes en los Reporteros Sin Fronteras, quienes, a inicios del 2020, colocaron a Perú en el puesto 90 en su *ranking* sobre libertad de prensa. Cabe resaltar que en el 2019 se encontraba en el puesto 85, esto como consecuencia de una legislación poco propicia para los periodistas, quienes están constantemente amenazados por probables represalias legales en caso de abordar temas que puedan resultar “incómodos”; las leyes en contra de la difamación suponen una amenaza y una herramienta legal para intimidar, juzgar y condenar la emisión de ciertas opiniones e informaciones (Reporteros Sin Fronteras, 2020).

Esta tesis es expresión de una necesidad democrática y personal de poder ejercer la libertad de expresión y conocer aquello que es expresado, igualmente, defender el

¹ **Artículo 137. Injurias recíprocas**

“En el caso de injurias recíprocas proferidas en el calor de un altercado, el juez podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las partes o a una de ellas.

No es punible la injuria verbal provocada por ofensas personales”.

honor cuando este se vea afectado por un uso indebido o abusivo del derecho a la libertad de expresión.

Para ello, se propone un esquema de trabajo donde, en primer lugar, se define qué es la sátira, la finalidad del humor político, y las diferencias entre la sátira y los insultos en la esfera pública, para hacer un recuento de la sátira política actual en Perú, con un análisis de la evolución de esta desde 1990 hasta el 2020. Esto permite llegar a una primera conclusión sobre la sátira como parte de la libertad de expresión y su función social en el país, con la finalidad de demostrar la importancia sociojurídica de este conflicto en estos días.

Posteriormente, se analiza la doctrina más relevante detrás de la construcción jurídica de la libertad de expresión, así como del derecho al honor, y cómo esta se ha traducido en normas y jurisprudencia nacional e internacional. Para ello, se da a conocer cómo y por qué se resuelve de tal manera en los tribunales que se han elegido, estos son la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte Suprema de los Estados Unidos y la judicatura nacional, es decir, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Respecto con el TEDH, si bien no hay un tratado que lo vincule con el derecho nacional, tal y como lo ha mencionado el constitucionalista César Landa, se puede evidenciar un diálogo entre el Tribunal Constitucional peruano y el TEDH (Landa, 2015). Similarmente, conforme con la Corte Suprema de los Estados Unidos, se revisa la jurisprudencia emitida como consecuencia de la influencia de esta en la construcción doctrinal del contenido constitucionalmente protegido y los límites de la de la libertad de expresión.

Finalmente, para resolver el conflicto entre libertad de expresión vs. derecho al honor, y delimitar un posible “derecho a la ofensa”, se estudia el caso hipotético explicado en los párrafos anteriores, este tiene, como eje central, la realización del test de ponderación, en consideración con autores como Robert Alexy y Manuel Atienza, para procurar una respuesta que sea un aporte teórico y metodológico que, a partir de una mirada jurídica, pueda dar nuevas luces sobre este conflicto democrático y la perspectiva del “derecho a la ofensa”. Para culminar, en las recomendaciones se proyecta analizar la propuesta de despenalización de los delitos contra el honor, esto como mecanismo de protección del derecho a la libertad de expresión.

De este modo, se concluye en función de un análisis amplio que incluye fuentes nacionales, internacionales, jurisprudenciales y doctrinales, así como normativas, cuándo el “derecho a la ofensa” excede los límites de la libertad de expresión y afecta el derecho al honor, y si es conveniente, o no, que sea positivizado.



CAPÍTULO I. LA SÁTIRA POLÍTICA COMO FENÓMENO SOCIAL

En las sociedades occidentales, el discurso humorístico es utilizado, extendida y recurrentemente, en el ámbito del periodismo y de la política, así, el humor o la ironía son herramientas que se emplean en espacios como la prensa política para opinar de una situación particular o de algún sujeto que tenga relevancia en la vida social. Consecuentemente, el humor se convierte en una forma discurso que permite captar la atención de los lectores y lograr que participen de la vida política (Zavitsanou, 2016).

Por ello, se puede entender cómo el humor expresado, por ejemplo, a través de una sátira política, constituye una antiquísima herramienta que no deja de ser relevante en la actualidad, esto para atraer a las personas a participar, activamente, de lo que sucede en su entorno sociopolítico, en consecuencia, la sátira puede ser una herramienta democratizadora.

2.1 El humor político y la sátira

A continuación, se presenta una aproximación al concepto del humor político y la sátira, para proseguir con el análisis del panorama nacional e internacional respecto con estas formas de expresión.

El término “comedia” proviene de la palabra “komos”, un canto que se hacía en las fiestas dionisíacas y tenía la intención de una lúcida pérdida de control. En este sentido, la institución de la “komedia” ha sido entendida como un ejercicio para hacer que se acepte y para encontrarles un lugar a las manifestaciones de “descontrol” que no hallan cabida en la vida cotidiana; esto evidencia una realidad predominante y, dentro de esta, la comedia es utilizada para crear un quiebre en las estructuras dominantes y cuestionarla (Álvarez, 2016).

Por ende, el humor es entendido como una estrategia, es la elaboración de una burla, por ejemplo, para la que se han analizado las causas que la motivan; es un proceso

cognitivo complejo pero, a su vez, puede ser una modalidad de lenguaje universal (Polimeni y Reiss, 2006).

Esto último significa que el humor puede ser entendido por distintas personas independientemente de las diferencias o contradicciones entre estas, por ello, esta forma de comunicación es un instrumento con gran valor, pues permite poner en ridículo diversas situaciones de la realidad, lo que rompe con una serie de formalidades sociales mediante la ironía y la sátira (Rodríguez y León, 2008).

Entonces, la sátira política, utilizada como mecanismo persuasivo dentro del discurso humorístico, puede ser definida como una forma de comunicación que evoca una actitud crítica del autor hacia una o varias personas y situaciones, con la finalidad cuestionar las distintas esferas de poder y colocar, en tela de juicio, la realidad política a la que se alude (Zavitsanou, 2016).

De esta manera, el humor político se convierte en una modalidad de comunicación que, con una mirada crítica de la realidad, hace referencia a las relaciones de poder político con el uso del recurso humorístico (Dertilis, 1998). Por ejemplo, durante el régimen Nazi, la sátira política, ejercida por quienes luchaban contra este, tenía por objeto ridiculizar al sistema de Gobierno, y evitar que se lograra un control total de los distintos espacios conquistados (De Toro, 2012).

En este orden de ideas, según Frye², los 2 componentes básicos de la sátira son el ingenio y el objeto de ataque, y “el ataque sin humor, o reprobación pura, constituye uno de los límites de la sátira. Límite muy nebuloso, ya que la invectiva es una de las formas más amenas del arte literario” (Frye, 1977, p. 1). Así, Frye propuso un límite importante, especialmente, en lo que se refiere a la construcción de la doctrina de la *clear and present danger*; no obstante, es preciso anotar que el autor definió a la sátira como algo más que un simple insulto, y si la construcción literaria quedara solo en eso, entonces no sería sátira. Finalmente, a partir de los ensayos *the anatomy in prose fiction* y *the nature of satire*, el autor expuso que el propósito de la sátira es la de rebatir algo establecido (López, 2016).

² N. Frye es uno de los teóricos más influyentes en temas de sátira durante la segunda mitad del siglo XX (Coronel, 2002).

Igualmente, la comedia política suele centrarse en temas de mayor sensibilidad o tabúes, situaciones sociales que afectan cotidianamente. En tal marco, Sigmund Freud indicó que “los pequeños rasgos humorísticos que producimos a veces en nuestra vida cotidiana surgen realmente en nosotros a costa de la irritación, los producimos en lugar de enfadarnos” (Freud, 1905, p. 1). Por ende, en ciertos casos, esta comedia busca mejorar, por medio de la denuncia y el humor, problemas existentes en una determinada realidad.

En el plano internacional, uno de los acontecimientos más importantes sobre humor político y sus límites se retrata en las portadas del semanario político Charlie Hebdo; dicho semanario es altamente polémico al presentar sátiras en caricaturas sobre diversos acontecimientos socioculturales y políticos que, en ciertos sectores sociales, se pueden tomar como insultos u ofensas.

El 7 de enero del 2015, la sede *de* Charlie Hebdo en París, Francia, sufrió un ataque terrorista de grupos de extremistas islámicos, en este, murieron 12 personas y quedaron heridas otras 11, esto como resultado de la caricaturización de Mahoma. Sin embargo, la finalidad del semanario no era insultar a quienes practican la religión de Mahoma, sino, a través de una caricatura, emitir una queja contra el fundamentalismo musulmán, es decir, la caricatura no había sido publicada con la mera intencionalidad de ofender, aunque esa sería una de sus consecuencias, pero no la más importante o la buscada por la revista. Respecto con las caricaturas que se han publicado, una de las que más resonancia tuvo a nivel mundial fue una imagen donde el profeta comunicaba una molestia, esta decía “es difícil ser amado por idiotas” (Cabut, 2006), en referencia con los fundamentalistas.

El semanario utiliza la sátira como una herramienta para atraer al público y hacer que su mensaje impacte en la sociedad, pero dicha sátira supone, como en este caso, una ofensa para el sector más fundamentalista del islamismo. Esto se debe a que, independientemente del objetivo del dibujo, retratar a Mahoma es una humillación contra la comunidad musulmana, en vista de que el profeta, desde un inicio, lo prohibió para que no existan actos de idolatría (Valderrama, 2015).

En esta línea, Charlie Hebdo colocó nuevamente, en el foco de atención, el debate sobre la libertad de expresión vs. el derecho al honor, lo que puso en juego la reivindicación de una suerte de "derecho a la ofensa", concretamente, a la ofensa a los

sentimientos religiosos de los musulmanes, un concepto bastante nuevo en el campo de la doctrina y la jurisprudencia (Espinoza, 2015).

Por consiguiente, la organización sin fines de lucro *PEN América*, fundada esta en 1922 con la finalidad de defender la libertad de expresión en el mundo, otorgó el premio al valor y la libertad de expresión a Charlie Hebdo; esto, a su vez, fue defendido por Antonio Muñoz Molina³, con base en lo siguiente.

En nuestra sociedad existe el derecho a ofender porque forma parte de la libertad de expresión. La literatura muchas veces consiste en ofender; muchos grandes libros son ofensivos para determinadas personas y para otras no lo son. La libertad de expresión para mí es sagrada. (Echevarría, 2015, p. 7)

La experiencia de Charlie Hebdo ha permitido incluir, en concordancia con nuevas posturas, el derecho a la ofensa dentro del espectro de la libertad de expresión; pese a esto, es necesario señalar que aún este derecho no está definido doctrinalmente, pero existen una serie de referencias dispersas en artículos académicos, jurisprudencia y columnas opinión que suponen su continua construcción.

Así, Axel Kaiser, abogado y doctor en filosofía de la Universidad de Heidelberg, Alemania, mencionó que el derecho a ofender implica la posibilidad de permitirle a la persona poder ser quien verdaderamente es, sin tener que considerar, como prioridad, lo que otros pueden pensar sobre las opiniones personales; asimismo, argumentó que “tenemos el deber a ofender” para que las sociedades puedan avanzar, tanto desde lo científico como desde lo moral. Por ejemplo, una situación de ofensa y evolución científica famosa puede reconocerse en el caso de Galileo Galilei, a quien se le obligó a retractarse porque ofendió a la Iglesia católica con sus teorías contrarias al dogma religioso; de este modo, el derecho a ofender es defendido por ciertos autores como un medio para avanzar (Fundación para el Progreso, 2018).

Frente a la situación nacional, al tomar como punto de partida el siglo XX, se puede afirmar que la sátira en Perú tuvo un importante auge con la creación de la revista

³ Antonio Muñoz Molina es un escritor español que ha recibido, entre otros, el Premio Príncipe de Asturias de las Letras, el Premio Nacional de Literatura en dos ocasiones, el Premio de la Crítica, el Premio Planeta, el Premio Liber, el Premio Jean Monnet de Literatura Europea, el Prix Méditerranée Étranger, el Premio Jerusalén, etc. Asimismo, es consultado y tiene diversas columnas periodísticas donde defiende la libertad de expresión y denuncia sus excesos.

Monos y Monadas, publicada esta, por primera vez, en 1905 por Leonidas Yerovi, y retomada, en 1978, por el nieto de este, Nicolás Yerovi.

Con esta revista, se crearon espacios de sátira política para incomodar y burlarse del poder. Uno de sus momentos más álgidos fue cuando se criticó al exdictador Morales Bermúdez y a toda la clase política (Rosas, 2016).

También, aun cuando hay una vasta gama de casos y autores, mencionar a Sofocleto parece lo más acertado; Sofocleto, o Luis Felipe Angell, fue un diplomático que terminó por renunciar a esta carrera para volverse escritor a tiempo completo. Durante su vida, en valoración de que esta se dio en un Perú de grandes dictadores como lo fueron Odría, Velasco y Morales Bermúdez, se dedicó a utilizar el humor y la sátira como una herramienta a favor de la democracia; el humor era, para él, un medio con el que buscaba educar a la sociedad, una de sus frases más famosas fue la siguiente.

El humorismo está cargado de filosofía. El humorista no es aquel que hace reír a la gente; sino aquel que la hace sonreír, porque el que sonríe piensa. En la carcajada, no. Si un hombre pisa una cáscara de plátano y se cae, hay cinco idiotas que se ríen. ¿Qué los hizo reír? Algo sin ningún valor intelectual. En cambio, si nutres a la gente con un humor distinto, logras esa satisfacción de hacer cosas positivas. (SUMAQ, 2017, p. 10)

Un claro ejemplo de que Sofocleto empleaba la sátira como herramienta política se puede extraer de su “Manual del Perfecto Deportado”; en esta obra, el autor se dedicó a retratar, mediante la crítica satírica, los problemas sociales que nacían como consecuencia de la deportación ejercida por los Gobiernos autoritarios de la época. Para ello, hacía una descripción exagerada y absurda de los personajes, con la intención de resaltar los actos que los Estados llevaban a cabo en contra de los ciudadanos, y aunque lo que se expresa es sátira y hay exageraciones y burlas, ello no deja de lado que el testimonio final es cierto; lo que se logra es retratar una situación real con mecanismos comunicacionales distintos a los comunes (De Mayolo, 2014).

En suma, la sátira política ha existido a lo largo de la historia humana como mecanismo de comunicación persuasivo para criticar aspectos de la realidad política; tanto en países como Perú o Francia, la sátira política es un fenómeno social que ha demostrado ser una herramienta democratizadora.

2.2 La diferencia entre la sátira y los insultos en la esfera pública

En el plano de la política, la sátira ha sido una herramienta discursiva constante a lo largo de los debates y los enfrentamientos entre diferentes representantes sociales; en este contexto, su objetivo ha sido poner una distancia crítica frente a un objeto o sujeto determinado, para formar un juicio de valor de este y concluir en la búsqueda de una mejora en el plano social, por lo tanto, la sátira es una herramienta de cambio.

Empero, debe diferenciarse la sátira como recurso discursivo para lograr cambios, de los insultos que no tienen mayor vocación de trascendencia, es decir, a los insultos que solo tienen por objeto excluyente ofender.

Por ello, fue preciso adelantar uno de los límites de la libertad de expresión, para resaltar la diferencia entre la sátira como derecho protegido dentro del núcleo del derecho fundamental a la libertad de expresión. Un límite fundamental se define con la relevancia social que pueda tener lo expresado, de manera que las ofensas pueden estar permitidas dentro de los recursos satíricos, esto siempre y cuando tengan una finalidad democrática y no incumplan otros límites, por ejemplo, el planteado por la doctrina del *clear and present danger*.

Por lo tanto, la sátira no es un sinónimo de insulto, pues los insultos pueden, o no, ser una herramienta dentro de una expresión satírica con una intención mayor que solo ofender. Así, el insulto, expresado con un ejercicio de sátira en la arena política, puede ser un medio discursivo para alcanzar un fin, por ejemplo, conseguir una mejora social (Hirschmann, 2015).

Entonces, el insulto termina por ser una subherramienta (no la única) de la sátira, este ofende a su receptor, pero la ofensa no es el fin, sino un medio para conseguir una actitud crítica y lograr mejoras sociales.

En este marco de ideas, en la actualidad existen innumerables actos de “libertad de expresión” que utilizan, como recurso, la sátira y los insultos; por ejemplo, en el discurso parlamentario, dado que, como herramienta, pueden ser ampliamente rentables al posibilitar la construcción de conclusiones sin argumentos de fondo que las sostengan (González, 2010), en consecuencia, hay un aumento progresivo en el empleo de ataques personales enmascarados como sátira, en lugar de discusiones fundamentadas en cuestiones ideológicas, esto para conseguir los votos de los oyentes.

Un ejemplo claro de lo mencionado se puede ver al analizar cómo Donald Trump se comunica con el público en sus redes sociales, pues emplea una retórica insultante u ofensiva contra sus contrincantes. En sus redes se puede observar el *tweet* contra Arianna Huffington, periodista y comentarista estadounidense que se encuentra en contra de sus políticas, en este se expresó que el exesposo de Arianna la cambió por un hombre por ser poco atractiva por dentro y por fuera (Trump, 2014).

Otro caso internacional importante, donde los insultos se han tornado en una constante dentro del debate político, se da en España, como ha pasado entre políticos como Pedro Sánchez y Mariano Rajoy, quienes, con las preferencias políticas de sus votantes, llámense “izquierda” y “derecha”, respectivamente, utilizan los insultos como herramienta o puente para lograr el agrado de estos; por ejemplo, cuando Pedro Sánchez llamó a Rajoy una persona *indecente*, o cuando Rajoy se refirió al presidente del Parlamento español como un *indigno* (La Razón, 2018).

Por el contrario, se tienen expresiones satíricas como las del periodista Samper (2020)⁴, quien redacta columnas de opinión, de corte satírico, en la revista Semana; este defiende su labor al comentar que su columna, aunque de opinión satírica, es un formato periodístico, en otras palabras, tiene la intencionalidad de transmitir un mensaje a los lectores. Por ende, los insultos o las burlas de las que pueda hacer uso a lo largo de su redacción tienen un objetivo mayor, tienen un contenido más amplio que el de solo ofender, este se define en la capacidad de observar, críticamente, a la sociedad y al poder a través del humor. Por ejemplo, la columna titulada “*cuando Duque toma decisiones*” se burla de la poca capacidad del presidente colombiano para tomar decisiones frente a la pandemia provocada por el Covid-19, y se referencia que Duque utiliza la mascarilla como antifaz, terminando por chocarse con todo y no saber con quién habla (Samper, 2020).

Lo que este ejemplo demuestra es que, primero que todo, la sátira no necesitó de un insulto, entendido este como una palabra ofensiva, para criticar la falta de acción política del presidente colombiano ante los problemas suscitados por la pandemia, y, con el uso del humor y la sátira, el autor dio una mirada crítica de la mala gestión de Duque.

⁴ Daniel Samper Ospina es un editor y periodista colombiano convertido en referente del periodismo narrativo en Latinoamérica. Ha ganado el Premio Nacional Simón Bolívar, en la categoría de Mejor Columnista de Opinión.

Con estos breves ejemplos se señala, indiciariamente, la diferencia al momento de categorizar una frase, caricatura, columna, entre otros, como “insulto” o como “sátira”. La relevancia de esto se vislumbra a lo largo de los capítulos 2, 3 y 4, donde se ve cómo se ponderan e interpretan las manifestaciones de expresión ofensivas que buscan ser protegidas por el derecho a la libertad de expresión, y donde se pondera el caso hipotético de La China Tudela.

En síntesis, la sátira es un recurso discursivo utilizado, en este caso, por el periodismo, esto para criticar la realidad con el uso del humor; dicho acto puede resultar ofensivo, contener insultos o ser muchas cosas, pero más allá del contenido que este contenga, importa su finalidad crítica, en otras palabras, no se debe solo ponderar el contenido en sí, sino el contexto.

2.3 La sátira política en Perú 1990-2020 - la precarización del debate político

En Perú, la sátira política tiene una larga tradición en la que autores como Leónidas y Nicolás Yerovi, así como Sofocleto y Camotillo el Tinterillo (Tulio Loza), son actores señeros del siglo XX, no obstante, no hay *establishment* propiamente construido de autores satíricos que hayan actuado en grupo o, en opinión personal, de autores serios.

Por ejemplo, Leónidas Yerovi, en el primer tercio del siglo XX, fue un importante escritor y periodista que, con la sátira en revistas como Monos y Monadas, se encargó de describir y criticar los cambios socioculturales que ocurrían, especialmente, en la capital del país; fue una época en la que entraba el tranvía, llegaban los autos, se popularizaban los teléfonos y la ciudad se interconectaba. La imagen cultural de una Lima compuesta por un único centro comenzó a evolucionar, esto con una serie de diferentes actores culturales que trajeron consigo un cambio en la sociedad limeña “unitaria” que podría haber existido⁵; ahí, en este contexto, L. Yerovi articuló estas distintas voces para crear un lenguaje burlesco y desafiante en contra de los sectores más tradicionalistas de la sociedad. Así, L. Yerovi, con la sátira, fue un fuerte crítico de la república aristocrática y del Partido Civilista, movimiento político que manejaba la política de aquel entonces.

⁵ Al respecto Matos (2012); *Perú: Estado desbordado y sociedad nacional emergente*.

Desde Monos y monadas se articularon sátiras por intermedio de crónicas y caricaturas que denunciaban los excesos de la clase política de la época (Velázquez y Yerovi, 2017).

Asimismo, Sofocleto, en el segundo tercio del siglo XX, fue un ejemplo fundamental de la sátira como herramienta crítica dentro del periodismo; la ridiculización que realizó a diversos políticos lo llevó a ser deportado 4 veces y a tener que cumplir 3 años y medio de prisión. El autor se basó en el humor para criticar el acontecer político, y enjuiciar la vida y la política; en textos como *Don Sofo* y *Sofocleto a dos columnas*, el autor criticó hasta el ridículo la vida pública y política, con la intención de ayudar a corregirla (Morales, 2004).

Finalmente, Tulio Loza, con la creación de diversos personajes y *sketches* de comedia, era capaz de realizar discursos que terminaban por denunciar a diversos políticos, como alguna vez lo hizo con el diputado representante de Abancay, o la cinta “*Allpa Kalppa*”, una de las primeras películas que denunció diversos aspectos sociales de Perú.

Pese a esto, a partir de los años noventa, la construcción de la sátira como mecanismo de crítica social pasó por un gran periodo de precarización, se convirtió, en muchos casos, en un sinónimo de insultos gratuitos centrados en su aspecto ofensivo, lo que no es un rasgo propio de la sátira; la sátira puede contener ofensas, pero con una finalidad ulterior. En este sentido, aquellos años, en lo sociopolítico, no solo fueron relevantes por la captura de Abimael Guzmán, sino por la devaluación que sufrieron los periódicos como herramientas de información y espacios de opinión crítica.

La “prensa chicha”, que también puede ser entendida como prensa sensacionalista, tuvo un fuerte auge, puesto que tenía y tiene por objeto impactar al lector con noticias maquilladas de un lenguaje exagerado, excesivo y abrupto.

El concepto de “chicha” en la cultura de la prensa peruana hace alusión a un producto de apariencia informal que no tiene buena calidad y es de mal gusto, pero es intencionalmente hecho así; entonces, con un lenguaje exagerado y lleno de jerga, se tiene por objeto atraer a “la gente del pueblo”.

Este lenguaje, enclaustrado en un procedimiento de ironía o de sátira grotesca, permite que los mensajes proliferen en la cultura popular y haya un óptimo cumplimiento

de la transferencia de la intención comunicativa, con lo que se termina por reforzar una visión estereotipada de sociedad (Casas, 2009).

En tal marco, con periódicos como “El Extra”, “El Chino”, “Ajá”, “El Tío”, “El Popular”, “El Chato”, “El Mañanero”, etc, el Gobierno de turno difundió información y opiniones respecto con diversos temas que le permitían perpetuarse en el poder. Esta forma de presentar o redactar noticias terminó por evolucionar en lo que Mónica S. Cappellini denominó “prensa basura”, por lo tanto, el fenómeno de los periódicos chicha fue empleado y promovido por el gobierno de Alberto Fujimori para favorecer la política de Gobierno y difamar a la oposición (Capellini, 2004).

El problema con un periodismo entendido como “basura”, que a su vez convive en armonía con el régimen de turno que lo promueve, es que precariza el debate político, en otros términos, la prensa termina por ser una herramienta anti-democratizadora. Esta afirmación es sustancial, en virtud de que la función democratizadora es la que le da sentido, forma, relevancia y sustento al derecho a la libertad de expresión, por lo que no toda sátira crítica está, necesariamente, protegida por el derecho a la libertad de expresión, sino que debe cumplir con el requisito de ser una herramienta democratizadora.

Un ejemplo visible de la finalidad antidemocrática de la “prensa chicha” y la devaluación de la sátira puede verse en el caso de Alberto Andrade, exalcalde de Lima y fuerte contrincante político del régimen fujimorista durante los años noventa.

El problema no está en que se haya atacado al contrincante, o se hayan usado frases ofensivas en contra de este, sino en la existencia de un pacto entre el Gobierno y la prensa para difamar con “sátiras” y atraer la atención para dominar o limitar el espectro de opiniones emitidas en la prensa. Por ello, a continuación se muestran algunos de los titulares de las portadas a las que se hace referencia.

- “Reo contumaz está regalón y reparte billete a todo el mundo. Alcalde feliz con regalo económico” (El Tío, 14.8.1999).
- “Andrade manda a vejete Silva Ruete a Colombia pa’ recibir instrucciones de Alan” (El Chino, 22.8.1999).
- “‘Chanchó’ Andrade ofrece decorar Penal de Yanamayo” (El Chato, 8.7.1999).
- “Andrade de acuerdo con soltar terrucos” (El Mañanero, 8.7.1999).
- “Kutraza de penales es del chanchó Andrade” (El Chato, 9.7.1999).
- “Pituco Andrade sigue despidiendo empleados” (El Mañanero, 29.7.1999).

- “Pituco Andrade en picada final” (El Mañanero, 21.7.1999)
(Vargas, 2012).

Lo que se busca mostrar es que no toda expresión “ofensiva” emitida por la prensa debe ser entendida como una manifestación constitucional de la libertad de expresión, o protegida por este derecho; debe tenerse presente que la sátira, ofensiva o no, tiene que tener una intención democratizadora para robustecer el debate público. Por el contrario, lo que sucedió con la “prensa chicha” y este mal uso de la sátira fue limitar el debate público y atacar a quienes estaban en contra del régimen de turno, tal y como lo expuso la periodista Mónica Capellini en su trabajo “la prensa chicha en Perú”.

Por consiguiente, dentro de la evolución de la sátira en Perú, al pasar por Leónidas Yerovi, Sofocleto, Tulio Loza y el fenómeno de la “prensa chicha”, falta hacer mención expresa a Rafael León, quien no solo se mantiene vigente, sino que fue motivo de análisis en este trabajo. R. León ha estado presente en el periodismo satírico, especialmente, desde finales de los años noventa hasta la actualidad, sin embargo, en tiempos en los que existe una mayor conciencia sobre la discriminación, la caricaturización de los aspectos físicos, étnicos y de género ha causado que la sátira de R. León sea tomada por muchos como denigrante y genere rechazo en ciertos sectores de la sociedad.

Así, por ejemplo, el Ministerio de Cultura se pronunció respecto con la sátira de este autor, expresó que utilizaba frases denigrantes y racistas que, aunque son emitidas en un contexto de sátira política, deben ser empleadas con la mayor responsabilidad posible (Ministerio de Cultura, 2017).

En este contexto, la sátira, presente a lo largo de la vida republicana, ha involucrado; si se observa a los 3 primeros autores (L. Yerovi, Tulio Loza y Sofocleto), se puede notar un trabajo por democratizar el debate público, en vista de que se denuncian los abusos de las dictaduras militares (Yerovi y Sofocleto), y los abusos del régimen agrario a los campesinos (Tulio Loza con *Allpa Kallpa*).

Contrariamente, en la última década del siglo XX en adelante, la sátira fue utilizada por medios de comunicación masivos tales como los diarios chicha, esto desdibujó las fronteras entre sátira política crítica e insulto frívolo. En el presente caso, el lenguaje usado por Rafael León, ajeno a la componenda entre los medios y el poder

político, pero indudablemente satírico, termina por exigir una mayor amplitud a los límites de esta herramienta comunicacional, esto llevó a tener que ponderar si es este tipo de sátira ofensiva está protegida, o no, por el derecho a la libertad de expresión, para hablar de un derecho a la ofensa.

2.4 Conclusiones: la sátira como libertad de expresión en la sociedad actual

La sátira política, el humor y la ironía son, ciertamente, herramientas importantes dentro del ámbito del debate político y la prensa, esto para la formación de una opinión pública libre en una realidad social democrática, así, son formas o herramientas discursivas empleadas para hacer llegar un mensaje de manera atractiva, y cumplir con la difícil tarea de captar la atención de los lectores.

Por su parte, la tradición de la sátira política peruana, por lo menos hasta los años noventa, ha tenido autores que la utilizaron como medio de comunicación crítico para exponer los problemas de su contexto sociopolítico, por ejemplo, L. Yerovi con sus sátiras en contra de la república aristocrática, o Sofocleto con las dictaduras militares que terminaron por llevarlo al exilio varias veces. A pesar de esto, esta herramienta también ha sido utilizada como mecanismo para difamar a sujetos políticos, tal y como se vio en el caso del alcalde de la ciudad de Lima, Alberto Andrade.

En ese orden de ideas, se pueden diferenciar 2 tipos de sátira, aquella con una finalidad crítica, democratizadora, educadora, y aquella con una finalidad meramente difamatoria.

Por ello, Rafael León ha puesto en discusión si su columna “satírica” “La China Tudela” es, efectivamente, una sátira, o si es, acaso, un mero acto de difamación maquillado de sátira política. Por ende, este trabajo ocupó relevancia al momento en que el expresidente del Congreso, Luis Galarreta, en calidad de funcionario público, instó al pueblo peruano a realizar un *boicot* en contra la revista Caretas, específicamente, contra “La China Tudela”, esto debido a una columna de opinión “satírica” en la que se habrían comunicado una serie de insultos a congresistas de su partido, por esto, fue necesario ejecutar un ejercicio de ponderación a través de un juicio hipotético, para determinar si la columna “Reporte desde el Baño de Damas” se encuentra protegida, o no, por el derecho a la libertad de expresión. Lo anterior para responder a la pregunta de si existen, o no, y

cuáles podrían ser los límites de un “derecho a la ofensa” como contenido nuevo de un derecho antiguo (el derecho a la libertad de expresión).



CAPÍTULO II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FRENTE AL DERECHO AL HONOR

El derecho, como ciencia jurídica, es producto de la necesidad, entre otras, de poder controlar los comportamientos humanos que tiendan a generar conflictos de intereses, por ejemplo, se realizan restricciones a ciertas libertades por medio del derecho penal o, para lo que se refiere a este trabajo, del derecho constitucional. Por ello, estas y otras ramas del derecho, en función del caso concreto, restringen o limitan derechos o bienes jurídicos.

Empero, para restringir o limitar un derecho, primero se debe comprender cuál es su contenido; en el caso particular, se tiene la colisión del derecho al honor contra el derecho a la libertad de expresión, por lo que se procedió a definir ambos desde su construcción doctrinaria y jurisprudencial, para efectuar un balance final.

4.1 El honor y la libertad de expresión como bienes jurídicos en el Estado constitucional contemporáneo

4.1.1 Sobre el derecho al honor

En primer lugar, cabe añadir lo expuesto por Berdugo (1993) de la Torre⁶ al explicar la dificultad de poder dar contenido al concepto del derecho al honor.

“[...] Tanto por su carácter inmaterial como por la diversidad de sentidos extrajurídicos que posee histórica y socialmente. Por ello los problemas que presenta su tutela jurídica se originan, más en la falta de acuerdo sobre su contenido” (p. 2).

En segundo lugar, el honor, como derecho contemporáneo, ha abarcado 2 grandes momentos; el primero expresado en el modelo preconstitucional, donde se sedimenta un sistema valorativo que determina que no todos tienen la misma cantidad de

⁶ Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, catedrático de derecho penal en la Universidad de Salamanca y ex Rector Magnífico de dicha casa de estudios

honor, pues este depende de factores externos como la clase social, el nivel profesional, entre otros, y el segundo momento se denota en el modelo constitucional, donde ocurre una democratización del honor en la que este y la dignidad humana están intrínsecamente unidos. Por ello, todos, al ser sujetos con dignidad inherente a la sola existencia, cuentan con una cantidad igual de honor.

En tal marco, a partir de la doctrina, se buscó dar respuesta a la siguiente pregunta ¿Qué engloba o qué forma parte del núcleo esencial del derecho al honor? Dicha respuesta doctrinaria se resume en 2 concepciones, la fáctica y la normativa.

- La fáctica se desglosa en 2 fórmulas.
 - La fáctica objetiva, donde se concibe este derecho en función de la idea de que la fama o la reputación del sujeto viene otorgada por la sociedad, es decir, debe haber una estimación pública de sus valores.
 - La fáctica subjetiva, esta supone que es la propia estimación de uno mismo, sin necesidad de un parámetro social, lo que importa.
- La normativa: esta construye al honor como un valor intrínseco de la persona, este se basa en la dignidad que todo ser humano posee, por ello, se puede gozar, *a priori*, de este derecho materializado en una norma (Caruso, 2008).

El trabajo de la doctrina aún no se agota, puesto que no hay un consenso general, pero sí existen conclusiones eclécticas que buscan unir a la concepción fáctica con la normativa, y una concepción estrictamente normativa.

- La normativa-fáctica, esta plantea que toda persona tiene un honor mínimo por el solo hecho de ser persona o un sujeto con dignidad; por otro lado, contempla que hay otra parte del honor que puede ser variable, esto en dependencia de criterios fácticos que cada sociedad otorga como normas de conducta y el cumplimiento de estas por las personas.
- La estrictamente normativa, esta reconoce una igual cantidad de honor a todas las personas por ser este un atributo inherente a la dignidad; en este sentido, no importa la conducta del sujeto para argumentar una posible reducción en su honor. Esta teoría se basa en la protección del libre desarrollo de la personalidad, bajo la que cada quien puede elegir cómo vivir y qué hacer con su vida, sin que estas decisiones repercutan, negativamente, en la cantidad de honor a conceder.

En suma, aun cuando no hay un consenso, sí existe la aceptación de 2 concepciones del honor, una donde este es variable y otra donde es invariable. Por otro lado, las Constituciones, sea en países de América Latina, como es el caso de Perú, o de Europa, como es el caso de España, no definen qué debe entenderse por “honor”, lo que se deja a una suerte de *numerus apertus*, debido a que una definición restringida podría permitir actos lesivos contra el honor que queden impunes.

Así, pese a que la definición quede “abierta”, está clara la existencia de un derecho al honor para todos los individuos, donde hay una parte constitutiva de este que es invariable, y no tiene que ver con la percepción social, sino con la esencia de ser una persona, y otra parte variable como consecuencia de la percepción social.

El derecho al honor contiene un problema o debate que no se supera, y es que el contenido de este está supeditado a 2 factores, al de la opinión ético-social dominante de un momento específico en la historia y a la ausencia de una definición totalizadora; por lo tanto, al expresar que el derecho al honor tiene un “problema”, se alude a la indeterminación de este, pues está, obligatoriamente, sujeto a opiniones subjetivas. Cabe resaltar que, sea desde el modelo preconstitucional o desde el constitucional, se ha mantenido una línea conceptual horizontal a lo largo del tiempo al identificar el concepto de honor con el prestigio y la autoestima que el individuo puede ostentar.

En palabras de Juan Fuentes Osorio⁷, existe una concepción del honor en la historia que se mantiene intrínsecamente unida con la fama (honor objetivo) y la autoestima (honor subjetivo), y las teorías normativas y fácticas del honor no pueden existir independientes unas de otras, en virtud de que este termina por fundarse en códigos valorativos que tienen un reconocimiento jurídico, donde lo social y lo individual es ponderado (Fuentes, 2007). Por ello, la problemática del derecho al honor persistirá al sostenerse, en parte, en la definición de reputación y autoestima, lo que contempla una carga eminentemente subjetiva.

Dicho problema es palpable al contraponer lo expuesto en 2 sentencias, una es del Tribunal Constitucional, del 2005, y otra es un Acuerdo Plenario de la Sala Penal Permanente del 2006. La que corresponde con el fundamento octavo de la sentencia recaída en el Expediente N. 04099-2005-AA/TC expresa lo siguiente.

⁷ Catedrático de derecho penal en la Universidad de Jaén – Andalucía.

[E]l derecho al honor no tiene un cariz ni “interno” ni “externo”, como ha sugerido cierta doctrina para expresar las formas en que puede ser padecida su agresión, frente a uno mismo o frente a los demás. Se mancilla el honor cuando se humilla y se degrada en la condición de ser humano a una persona lanzándole ofensas o agrediendo en forma verbal directamente o haciéndolo ante el público y de cualquier forma. La diferencia es, en todo caso, que, en el segundo supuesto, en el caso de la agresión a la reputación social, **el honor está comprometido doblemente, como una ofensa hacia uno mismo y como un desprestigio frente a los demás, desmereciendo la condición de ser social por excelencia que es toda persona. El honor corresponde, así, a toda persona por el solo hecho de serlo y se manifiesta, sobre la base del principio de igualdad**, contrario a las concepciones aristocráticas, plutocráticas o meritocráticas. (Caso Arnado Ramón Moulet Guerra, 2011)

Por el contrario, en el Acuerdo Plenario se indica lo siguiente.

El honor es un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico, pero que, en todo caso, desde una perspectiva **objetiva**, aluden a la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan. Desde un sentido **subjetivo** el honor importa la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio; **reputación y la propia estimación** son sus dos elementos constitutivos [en igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia número 0018-1996-AI/TC, del 29.4.1997, que hace mención al honor interno y al honor externo, y llega a decir que la injuria, a diferencia de la difamación y la calumnia, sólo inciden el honor interno, que es muy subjetivo].

Este bien jurídico está reconocido por el Artículo 2º, numeral 7), de la Constitución, y constituye un derecho fundamental que ella protege, y que se deriva de la dignidad de la persona – constituye la esencia misma del honor y determina su contenido-, en cuya virtud los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona. Su objeto, tiene expuesto el Tribunal Constitucional en la sentencia número 2790-2002-AA/TC, del 30.1.2003, es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión e información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso, puede resultar injuriosa o despectiva. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2006)

4.1.2 Sobre el derecho a la libertad de expresión

Antes de explicar la libertad de expresión como derecho, se identificaron los componentes que se encuentran dentro de este; por lo tanto, el derecho a la libertad de expresión implica, por un lado, el derecho de opinión y, por el otro, el derecho a la información, ambos pueden encontrarse y coexistir en una misma situación, pero no son

iguales. Por ello, la doctrina les ha otorgado tratamientos distintos, de manera tal que se puedan diferenciar y aplicar, correctamente, en concordancia con el caso en particular.

Frente al derecho entendido desde la libertad de opinión, este determina que cualquier persona puede emitir sus pensamientos y opiniones dentro del contexto de una sociedad democrática, contrariamente, la libertad de información denota la facultad que tienen los individuos para informar, verazmente, sobre distintos acontecimientos de la vida cotidiana (Whittingham, 2007).

Por veraz no debe interpretarse que la información sea totalmente cierta, esto desde una óptica objetiva, sino que el emisor de dicha información debe haber actuado con respeto de un estándar mínimo de diligencia para sostener, como veraz, lo que expresa. La libertad de información trata o está intrínsecamente unida con la veracidad como requisito, es así que, en caso de un conflicto de intereses entre la libertad de información y el derecho al honor, por ejemplo, aplica la *exceptio veritatis* como mecanismo de solución, tal y como se señala en el Artículo 134 del Código Penal peruano.

Ambas libertades se encuentran protegidas dentro del núcleo de la libertad de expresión, pero la libertad de información tiene una finalidad concreta: informar con la transmisión de hechos, con lo que se puede aplicar la *exceptio veritatis*. Por el contrario, la libertad de opinión supone la transmisión de juicios de valor, con lo que no es posible aplicar la *exceptio veritatis* por la alta carga subjetiva que es propia de las opiniones; por lo tanto, este derecho tiene la intención de transmitir ideas, pensamientos y opiniones, no hechos, por lo que Francesc de Carreras ideó lo siguiente.

[...] La libertad de opinión expresa ideas, pareceres o puntos de vista sobre cuestiones controvertidas según la ideología y manera de pensar de quien las formula, mientras que el derecho a la información tiene un marcado carácter objetivo y no expresa ideas o pareceres subjetivos sino hechos que pueden ser sometidos a la prueba de la veracidad. (De Carreras, 1990, p. 1)

Por otro lado, en el campo doctrinario de la libertad de expresión, esta se ha construido como “la teoría de la posición preferente del derecho a la libertad de expresión”, y parte de 2 presupuestos, el primero toma, como punto de partida, que la libertad de expresión es un derecho humano que se reconoce como fundamento de la dignidad que toda persona posee por el mero hecho de serlo. El segundo presupuesto parte de la importancia del derecho a la libertad de expresión en tanto los efectos de este producen una serie de beneficios para la vida en comunidad, esto como resultado de una

contribución a la sedimentación del sistema democrático de Gobierno, donde la opinión pública libre y el pluralismo político son presupuestos indispensables.

Así, la doctrina de la posición preferente, en cuanto a libertad de expresión se refiere, existe como consecuencia de la necesidad de este dentro de un contexto democrático; cabe resaltar que dicha importancia solo existe en la medida en que el derecho sea reflejo de la construcción de una opinión pública libre que fomente la democracia (Marciani, 2005). Bajo esa línea de ideas, el fundador de la teoría democrático-política del derecho a la libertad de expresión, Alexander Meiklejohn, argumentó que este derecho no es un derecho subjetivo que cumple solo con la autorrealización del individuo, sino que es el sustento para la construcción y la permanencia de un modelo de Gobierno democrático (Meiklejohn, 1961).

Los precedentes de la doctrina de la posición preferente son norteamericanos. En ellos tienen una especial relevancia el sustancial cambio jurisprudencial de mediados de los años setenta (a partir de la STS federal de los Estados Unidos, *New York Times Co. Vs. Sullivan*, 376 US 254). Según esa nueva doctrina, una información publicada en un medio de comunicación conteniendo datos falsos y que suponga una grave vulneración del derecho al honor de un cargo público no puede ser restringida sólo por estos motivos, pues sigue gozando, pese a ello, de protección constitucional. La protección se fundamenta en el interés general que subyace a la información publicada, entendiéndose por tal que su objeto (independientemente de su contenido, como hemos dicho en parte falso y difamatorio) versa sobre un asunto de relevancia para el debate público. A partir de aquel momento, a las informaciones que versen sobre asuntos de interés público se les permite contener mensajes falsos y/o difamatorios, siempre que no se pruebe que el emisor del mensaje ha falseado los hechos intencionalmente, actuando con un despreocupado desprecio hacia la verdad. (Rodríguez, 2005, p. 2)

En tal marco, por medio de sendas resoluciones, se puede ver que el TEDH ha decidido seguir esta línea de análisis, esto al otorgarle una preferencia al derecho a la libertad de expresión en los casos donde hay un interés público de fondo, con base en la necesidad social de la libertad de expresión para construir y mantener una sociedad democrática (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1991).

A la doctrina de la posición preferente se le limita desde la doctrina del *clear and present danger* y la doctrina de la *real malicia* (*actual malice*). La doctrina de la *real malicia* dicta que solo se admitirán sanciones en caso de que la información que se haya emitido sea falsa y haya sido producida con *real malicia*, sin embargo, esta doctrina está dirigida hacia los casos de derecho a la información y no a la opinión, pues se basan en

que se emita **información** – no opiniones – que sean falsas y hayan sido producidas para causar daño o “real malicia” (Organización de los Estados Americanos, 2000).

No obstante, dicho límite puede extrapolarse hacia el derecho a la libertad de opinión, en función del supuesto de que si la doctrina de la posición preferente se sostiene en la importancia del derecho a la opinión como eje indispensable dentro de un régimen democrático, entonces, en caso de que exista un conflicto entre el derecho a la opinión y el derecho al honor, por ejemplo, y la opinión emitida no haya cumplido con el requisito de ser relevante para el debate público y la vida democrática, se superpondría el derecho al honor en el caso concreto.

En consideración con lo descrito, la doctrina de la posición preferente tiene como esencia la retroalimentación o simbiosis entre la libertad de expresión y la democracia, ambos derechos necesarios para su subsistencia. La confrontación de ideas y la libertad de crítica son señas de identidad de un régimen democrático, asimismo, dentro de esta libertad hay otros derechos que se sostienen, tales como el derecho a la libertad religiosa, la libertad ideológica, la libertad de cátedra, de reunión, de representación política, de sufragio, entre otros. Pese a esto, más democracia supone, en estos contextos, menos privacidad, en tanto el derecho a la libertad de expresión tiene una posición preponderante por sobre el derecho a la intimidad y al honor, pero ello puede ser contraproducente al implicar que sean menos los que se involucren en la vida política y pública, por ende, menos pluralismo ideológico y un empobrecimiento de la democracia (Arias, 2018); entonces, tiene que existir un límite al derecho a la libertad de expresión como derecho preferente.

En este segundo lugar, la jurisprudencia internacional ha tomado la doctrina empeñada por el juez Holmes de la Corte Suprema de Estados Unidos, conocida esta como la doctrina del *clear and present danger*. Bajo esta construcción, es posible restringir el derecho a la libertad de expresión únicamente en los casos donde se considere que la opinión o información vertida pueda crear un peligro claro e inminente de un mal sustancial, el que el Estado, en el ejercicio de sus funciones, tiene la obligación de prevenir (Arias, 2018).

En palabras del juez Holmes, el examen del *clear and present danger* se define al analizar si el uso de las palabras crea un peligro cierto e inminente (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 1919).

Por último, deben de considerarse, dentro de las teorías que se ocupan en el derecho a la libertad de expresión, los límites que se han comenzado a esbozar frente al *hate speech* o discurso de odio. Esta forma de expresión es entendida como un conjunto de expresiones que ofenden, atacan, denigran y menosprecian a grupos humanos con características específicas – sexo, raza, orientación sexual, religión, idioma, entre otros – y que, por lo general, están conformados por minorías o grupos históricamente discriminados.

Entonces, bajo el Estado constitucional de derecho, en valoración de la protección de la dignidad de la persona como eje central de este Estado, se han formado diversos argumentos en contra del discurso de odio, esto contiene la libertad de expresión, en la medida en que se proyectan ciertos límites que deben tenerse en cuenta al momento de ejercer este derecho. Dentro de ellos, el argumento más importante es el “argumento igualitario” o *egalitarian argument*, en función de este, autores como Owen Fiss sostienen que las expresiones de odio atacan, directamente, a la dignidad de las personas, y esto conlleva a un sentimiento de inferioridad que termina por afectar la participación política de los sujetos atacados (Fiss, 1996). Igualmente, como bien mencionó la Dra. Marciani, aun si los que hayan sido atacados a través del *hate speech* participan en la vida política, sufrirán una serie de prejuicios.

Pero incluso en el caso de que estos sujetos logren participar en el debate existirá una percepción preconicionada de ellos por parte de sus eventuales oyentes. Así, los miembros de los grupos tradicionalmente discriminados por el *hate speech* llegarán al debate público con un auditorio que —consciente o inconscientemente, debido a la continua recepción de expresiones de odio o de menosprecio— mantendrá prejuicios referidos a su condición intelectual o moral, lo que redundará en la posible hostilidad o falta de atención o de seriedad hacia sus mensajes. (Marciani, 2018, p. 1)

Por lo tanto, el discurso de odio perjudica 2 de los bienes jurídicos que el derecho a la libertad de expresión defiende, estos son la dignidad de la persona y la democracia.

En este contexto, el límite de la doctrina del derecho preferente a la libertad de expresión se encuentra enmarcado dentro de la finalidad del discurso, la relevancia, el propósito para el debate público y el sostenimiento de la democracia que pueda tener lo transmitido, sea como información u opinión, marco en el que, por afinidad, se puede encuadrar la idea de un peligro cierto e inminente que el Estado deba prevenir.

4.2 La jurisprudencia frente a la sátira y las burlas

A continuación, se analiza la jurisprudencia que se ha emitido respecto con el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión, manifestada esta por intermedio del derecho a una opinión pública libre y ejercida a partir de herramientas comunicacionales como la sátira.

Una de las dificultades que se presentaron en el camino de esta investigación fue la ausencia de jurisprudencia sobre el tema de la libertad de expresión y el uso de la sátira, tanto desde la Corte IDH, como desde la jurisprudencia constitucional nacional. Por ello, se efectuó un análisis de la jurisprudencia, sobre todo, europea, emitida esta por el Tribunal Constitucional Español y la Corte Europea de Derechos Humanos, en virtud de que, desde ambas instancias, se han resuelto conflictos similares al que fue materia de estudio. También se estudió la poca jurisprudencia nacional en la materia que han adoptado las corrientes de las cortes señaladas, esto con alusión a algunos casos emblemáticos decididos por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y la Corte IDH.

4.2.1 Jurisprudencia internacional - Europa y Estados Unidos

A manera de introducción, en función de la Corte Europea de Derechos Humanos, el caso *Lingens* resolvió 2 interrogantes fundamentales en el debate, estos acerca de la importancia y los límites de la libertad de expresión. Conforme con la importancia de la libertad de expresión, el TEDH (1986) señaló lo siguiente.

[...] La libertad de expresión [...] es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y desarrollo individual...por consiguiente, los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trate de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos [...].

Por otro lado, sobre los límites de la libertad de expresión, esta sentencia hizo una diferenciación acerca de estos en caso de que se emita una opinión personal o se exponga información; así, en casos como el presente, donde se expresen juicios de valor, estos deben diferenciarse de hechos, pues los primeros son subjetivos y no pueden probarse, en cambio los segundos sí, por lo que los hechos encuentran una limitante en su veracidad, pero las opiniones no.

Similarmente, la sentencia añadió que los juicios de valor son una herramienta trascendental en la labor de la prensa y “*la imposibilidad de probarlos es inherente a ello*”.

Este caso fue fundamental al resolver un conflicto entre un periodista Austriaco, Peter Michael Lingens, y el político Kreisky, canciller y presidente del Partido Socialista, quien había ganado la mayoría parlamentaria con la posibilidad de formar una coalición con el Partido Liberal, donde el segundo denunció al primero por publicar 2 artículos que, supuestamente, difamaban al mencionado político al expresar que este protegía al presidente del Partido Liberal, Friedrich Peter, quien, aparentemente, había formado parte de la brigada SS durante la Segunda Guerra Mundial. En ese sentido, la sentencia protegió la libertad de opinión del periodista en tanto tenía relevancia para el sostenimiento del régimen democrático.

Por otro lado, en lo referente con la Corte Suprema Estadounidense, esta, con el caso *Hustler Magazine, INC. vs. Falwell*, protegió el derecho a la libertad de expresión aún en el caso de que se parodien figuras públicas, incluso las que puedan ser consideradas como “ultrajantes” y que, como consecuencia de ello, causen graves efectos emocionales en quienes son objeto de estas (*Hustler Magazine vs. Falwell*, 1988).

En esta parodia, de la que es sujeto un personaje de relevancia política, se expresa que en su primera vez, al tener relaciones sexuales, estuvo alcoholizado y su pareja era su madre. Esto se permitió bajo el argumento de que las descripciones gráficas y la caricaturización satírica de personajes con relevancia político-social es predominante dentro del debate público y político, por lo que estas manifestaciones tienen un espacio que está protegido por el derecho a la libertad de expresión.

Por el contrario, un límite fuertemente demarcado frente al ejercicio de la libertad de expresión se puede ver en el caso Makoki, resuelto este por el Tribunal Constitucional Español, donde, debido a una imagen que se burlaba de los judíos en cautiverio en campos de concentración nazi, se resolvió que la libertad de expresión no amparaba las manifestaciones satíricas que tuvieran como resultado la incitación al odio o la violencia contra un determinado grupo humano.

Empero, la sentencia mantuvo un desarrollo ante la defensa de la libertad de expresión, puesto que el Tribunal Constitucional español señaló que este tipo de casos, donde hay una sátira o burla que supone el ejercicio del derecho a la libertad de opinión,

no deben satisfacer el principio de veracidad que sí es exigible cuando se juzga respecto con la libertad de información. Así, la negación que se hizo del Holocausto sí estaría amparada dentro del derecho a la libertad de opinión, más lo que no estaría comprendido dentro de este son los discursos que inciten al odio o a la violencia, tal y como se determinó en el presente caso.

A lo largo de las casi 100 páginas del cómic se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por vía de la vejación. El efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados es algo que la experiencia ante nuestros ojos permite predecir sin apenas margen de error por haber un encadenamiento causal entre unos y otros. (Caso Makoki, 1995)

De ese modo, se el Tribunal se adhirió a la doctrina del *clear and present danger*, esta plantea que solo se limitará un derecho fundamental en caso de que exista un riesgo real e inminente para otro derecho o bien constitucionalmente protegido. En este marco, la sátira política encuentra un límite cuando sea constitutivo del discurso de odio, en vista de se afectarían los derechos a la dignidad y el honor del grupo de personas (Valero, 2014).

Análogamente, se halló la sentencia del caso que involucró a Isabel Preysler, donde una revista satírica publicó una imagen de ella con el cuerpo de otra mujer en tanga; en esa sentencia, el Tribunal replicó el fundamento jurídico 7 del caso “Joaquín Estefanía Moreira”, este señala lo siguiente.

[...] Aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de esa relevancia pública, pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad que adquiera su figura y sus actos. (Caso Joaquín Estefanía Moreira, 1999)

A pesar de esto, en el presente caso se determinó que la sátira, aunque efectivamente es un método de crítica social, debe estar destinada a ello, para que pueda constituirse dentro del uso legítimo del derecho a la libertad de expresión.

Es decir, la sátira sin finalidad no está protegida por el derecho a la libertad de expresión, solo lo estaría si con su ejercicio contribuye al mantenimiento de una opinión pública crítica y plural, esta como condición indispensable para el sostenimiento del sistema político democrático.

En síntesis, el caso Presley no cumplía con las exigencias constitucionales descritas, debido a que el fotomontaje no revertía ninguna forma de interés democrático superior para justificar dicha sátira, por lo que ese tipo de parodia o burla no puede ser entendida o defendida desde el derecho a la libertad de expresión (Caso Preysler, 2010).

Otro caso donde se delimitó la sátira fue el caso Eon vs. Francia del 14 de marzo de 2013; dicho caso sucedió porque un ciudadano francés hizo pública una pancarta donde le decía al presidente de Francia, Nicolas Sarkozy, “*piérdete gilipollas*”. Para el TEDH, este acto sí estaba comprendido dentro de los límites del derecho a la opinión y, por lo tanto, a la libertad de expresión, en virtud de que este suceso no atentaba en contra del honor ni la vida privada del “afectado”, sino que constituía un ejercicio de sátira política en contra de este como consecuencia de una frase que Sarkozy utilizó. Así, el TEDH precisó que los políticos debían de soportar actos tales, ellos contribuyen al debate sobre cuestiones de interés general (Eon c. Francia, 2013).

Igualmente, en la sentencia de Vereinigung Bildender Künstler vs. Austria, del 2007, el TEDH demarcó la línea trazada para explicar lo que se debe entender por sátira.

La sátira es una forma de expresión artística y comentario social que, exagerando y distorsionando la realidad, pretende provocar y agitar. Por lo que, es necesario examinar con especial atención cualquier injerencia en el derecho de un artista -o de cualquier otra persona- a expresarse por este medio. (Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, 2007)

Entonces, la sátira es una provocación adrede que es, a su vez, manifiestamente exagerada y distorsionada frente a la realidad. Como “problema” jurídico es algo repetido en diversos tribunales, tanto nacionales como supranacionales, pues no hay, aún, una fórmula generalizada que permita dar solución al conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión, por lo menos en casos de sátira política.

En los casos Makoki y Preysler ello no sucedió, esto puede ser consecuencia de que, en el primer caso, se trataba de un discurso de odio, y en el segundo no se cumplía con argumentar la relevancia sociopolítica para la mantención del régimen democrático. En el caso de las cortes españolas se respetaron los presupuestos de las doctrinas descritas, *clear and present danger* y la doctrina de la posición preferente a la libertad de expresión.

En suma, en el caso estadounidense se denotó, según el análisis del juzgado, que la sátira en conflicto tenía una importancia política por la relevancia del personaje en ella, por lo que se respetó el derecho a la libertad de expresión de la revista que publicó la

caricatura. De este modo, por más que no existan soluciones universales, sí se puede ver que las doctrinas descritas son utilizadas por cortes de distintas tradiciones jurídicas para resolver casos similares.

4.2.2 Jurisprudencia de la Corte IDH

Frente a temas de sátira, específicamente, la Corte IDH carece de gran jurisprudencia, por ejemplo, el caso que llegó a esta corte por una multa impuesta por la jueza Susana Novile en Argentina, esta en contra de la revista satírica Barcelona, donde se dictaba indemnizar, económicamente, a la Sra. Cecilia Pando, presidenta de la Asociación de Familiares y Amigos de los Presos Políticos de Argentina, por concepto de daño moral luego de publicarse un fotomontaje que, de conformidad con la sentencia y la demandante, afectó su honor; este caso no ha sido resuelto aún.

Los siguientes casos no tocaron, concretamente, el tema de la sátira, pero no dejan de ser precisos al dar luces sobre los límites del derecho a la libertad de expresión y en qué momento puede censurarse algo emitido, sea considerado información u opinión, entre otros.

Por ejemplo, el caso sobre “la última tentación de Cristo” involucra el derecho a la libertad de expresión, pero solo en lo referente con la censura previa a la que estuvo sujeta dicha película. En ese sentido, el fondo de la sentencia resolvió respecto con los límites de esta forma de censura, así, para que verdaderamente exista un progreso social y una sociedad totalmente democrática, el Estado debe fomentar el pluralismo y la tolerancia para que la información u opinión que se emite, sea ofensiva o inquietante, pueda ser compartida.

Con ello, la Corte IDH expuso que la restricción a la libertad de expresión se emplea en última *ratio*, y debe ser siempre proporcional con el fin legítimo que se persigue. No obstante, todo esto no deja de lado que, quien hace un uso “indebido” de la libertad de expresión, deba de asumir sus deberes y responsabilidades (Caso la última tentación de Cristo, 2001).

De igual manera, en el caso Kimel Eduardo G. Vs. República de Argentina, la Corte IDH, aunque no hizo referencia a usos de sátira o burlas, realizó un ejercicio de distinción entre lo que debe entenderse por “hechos” y “juicios de valor”, tal y como se efectuó en el caso Lingens. Bajo dicha diferenciación, la Corte IDH especificó que las

opiniones que fueron vertidas por el Sr. Kimel no podían ser consideradas como verdaderas o falsas, pues al ser opiniones y no hechos, no podían estar sujetas al test de veracidad (Kimel Vs. Argentina, 2010); esta distinción fue realizada en el caso Tristán Donoso vs. Panamá (Tristán Donoso Vs. Panamá, 2010).

Por otro lado, por medio de los casos: Fontevecchia y D'Amico v. Argentina, Ricardo Canese vs. Paraguay, e Ivcher Bronstein vs. Perú, se empleó el siguiente argumento.

En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no solo se protege la emisión de expresiones inofensivas bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos un sector cualquiera de la población. (Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, 2001; Jorge Fontevecchia y Hector D'Amico, 2011; Ricardo Canese c. Paraguay, 2004).

Aun cuando no se haga mención expresa de la sátira, este argumento, repetido en varias sentencias, contiene un análisis fundamental para la tarea que esta tesis buscó realizar: la de ponderar un caso en concreto donde, con la sátira, se puede, o no, afectar, desproporcionalmente, el derecho al honor de ciertas personas. Lo que resalta de la cita expuesta se encuentra en que, cuando hay interés público y se fomenta el debate político, las expresiones que puedan irritar o inquietar deben de ser aceptadas, esto al tomar, como punto de referencia, la doctrina de la posición preferente respecto con la libertad de expresión. En tal marco, la sátira es una herramienta comunicacional que tiene la intención de causar una inquietud, por ejemplo, con la ofensa, en quien la lee, para promover el debate público.

4.2.3 Jurisprudencia nacional

Finalmente, en Perú, como bien lo mencionó el abogado Luis Alberto Huerta Guerrero, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es extensa respecto con los límites del derecho a la libertad de expresión. Por ello, no puede afirmarse que en el país hay una tendencia jurisprudencial de los temas donde se encuentre en conflicto este derecho (Huerta, 2014), pero se han hallado algunos casos resueltos por el Poder Judicial, estos se analizan a continuación.

A partir de la Sentencia N. 1372/2010, emitida esta por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú, con fecha de 18 de junio de 2010, se resolvió un recurso de nulidad interpuesto por Segundo Alejandro Carrascal, esto por ser acusado

como autor del delito de difamación contra Víctor Manuel Feria. La condena que se había impuesto contra el director de un semanario nacional era consecuencia de una serie de frases que se hacían en el semanario, tales como “destapan podredumbre en el Tecnológico [...] sanción a corruptos del ISTP”, entre otras.

En dicha sentencia, se resolvió que “las críticas ásperas, casuísticas o ataques incisivos y poco gratos son necesariamente tolerables para afianzar la libertad de opinión y garantizar un debate público sobre asuntos de interés local en el manejo de las instituciones del Estado”. Igualmente, se planteó que los funcionarios públicos y los órganos jurisdiccionales, al momento de resolver sobre el derecho al honor de un funcionario público, deben tener en cuenta que las limitaciones a la libertad de expresión solo pueden interpretarse restrictivamente, es decir, no se da lugar a interpretaciones amplias ni extensivas (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2010); la sentencia señaló lo siguiente.

[...] Ha de tomarse en cuenta el contexto en el que se producen las expresiones objeto de cuestionamiento...el tono y contenido de las afirmaciones tolerables en ejercicio de la libertad de expresión están en relación con el grado de interés general o social que despierte la noticia. (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2010)

Equivalentemente, desde el ámbito del derecho civil, la Casación N. 1100-2016 de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre un caso de indemnización por daños y perjuicios, resolvió un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor (Caso Jorge Octavio Ronald Barreto Herrera c. Diario La República, 2017).

El recurso procesal fue ingresado por la demanda al Grupo La República S.A., quienes habían sido sentenciados por el delito de daños y perjuicios ocasionados por un fotomontaje donde la “víctima”, Ronald Barreto Herrera, juez de la república, aparecía parcialmente desnudo, este demandó al Grupo La República S.A. por haber mancillado su honor como persona y magistrado, debido a la ridiculización hecha a su imagen.

Para la Sala Superior, la imagen colocada en el diario el 09 de julio de 2009 no fue considerada como producto del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión e información del diario La República, con lo que se concluyó que tuvo la intención de confundir al lector a fin de que pensara que era una imagen real del juez Barreto desnudo;

por ello, se estimó que sí se había ocasionado un daño y que este debía de ser indemnizado.

Ante este caso, la Suprema Sala fundamentó que lo que sucedía era una colisión entre 2 derechos fundamentales, el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. En ese orden de ideas, se especificó que la libertad de expresión tiene un aspecto especial y en ella se fundamentan los principios democráticos – doctrina de la posición preferente, para lo que se citó a la Corte IDH y al TEDH. En esta línea de análisis, el fundamento décimo cuarto sostuvo que el ejercicio de la libertad de expresión puede significar la vulneración de otros derechos, y en función de su importancia dentro del sistema democrático, es indispensable que, en ciertas situaciones, y en caso de duda, se prefiera su defensa, en vista de que lo opuesto significaría quebrar las bases de la tolerancia y la posibilidad de una opinión pública libre.

Se agregó que, en el caso de funcionarios públicos, esa tolerancia debe ser aún más exigible, en virtud de que el propio ejercicio de su cargo los expone a la crítica y los cuestionamientos, sobre todo cuando existen temas de interés público. Esto no significa que los funcionarios públicos carezcan de honor, sino que este debe ser analizado de acuerdo con los principios del pluralismo democrático.

Por lo tanto, el fotomontaje es una forma de hacer periodismo a través de una herramienta específica (la sátira y la ironía) que se encuentra vinculada con las noticias de interés nacional, como la investigación que la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) le hizo al juez en cuestión.

Con la investigación se ultimó que la sátira, en casos como estos, tiene un tratamiento rutinario en la prensa peruana para dar opinión sobre diferentes temas. En consecuencia, por el interés nacional que dicho juez suponía dentro de la sociedad peruana y al haber sido investigado por la OCMA, se concibió que el fotomontaje no excedió la línea divisoria entre el derecho al honor y la libertad de expresión, por lo que, en ese extremo, se le dio la razón al diario La República.

Esto último es de suma importancia, no toda opinión que se presente en un medio de comunicación es cierta, ni tiene que serlo, porque, al no estar sujeta al control de veracidad, es subjetiva. Para que la opinión esté defendida por el derecho a la libertad de expresión, esta debe estar revestida de interés público, con lo que se alude al caso analizado sobre la China Tudela; la columna satírica de este personaje, por su naturaleza,

está llena de exageraciones que constituyen el instrumento de opinión del columnista. Lo importante en casos de esta naturaleza es ponderar qué tanto interés público reviste la sátira, puesto que, si no hay temas de interés público, las afectaciones al derecho al honor que se puedan causar no estarían contempladas dentro de la finalidad democratizadora que defiende el derecho a la libertad de expresión al momento de protegerlas.

En seguimiento de los casos resueltos por el Poder Judicial, otro similar se solucionó en la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, donde Rafael Enrique León Rodríguez – Rafo León – fue denunciado por haber difamado a Martha Elvira Rosa Meier Miró Quesada en la columna satírica “dueño de nada”, publicada esta el 20 de julio de 2014 en la revista *Caretas*. En dicha columna, se utilizaron frases insultantes en contra de la recurrente en respuesta al artículo escrito por ella, titulado este “el síndrome Susy”, donde se criticó la gestión de la exalcaldesa Susana Villarán (Rafael León c. Martha Meier Miro Quesada, 2016).

La Sala Penal resolvió, en favor de Rafael León, bajo los argumentos de que la recurrente era un sujeto de relevancia pública y sus opiniones, en calidad de periodista, la insertaban dentro del debate público; en este contexto la sátira del demandado fue utilizada dentro de lo defendido por la libertad de opinión (Legis.Pe, 2016).

En síntesis, este análisis se culminó con la lectura del Acuerdo Plenario No. 3-2006/CJ-116, este fue emitido, como doctrina legal, por la Corte Suprema. En dicho acuerdo, se le dio solución al conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información, con la idea de que esto debe ejecutarse por intermedio de la formulación de un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y permita determinar si la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o de información. La base de esta posición estriba en que, en principio, los 2 derechos en conflicto, honor y libertad de expresión, gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene carácter absoluto respecto con el otro (Corte Suprema de Justicia de la República, 2006). No obstante, el Acuerdo Plenario no mencionó las situaciones en las que la libertad de expresión o el honor gozarían de mayor defensa, uno frente al otro.

4.3 El balance entre doctrina y jurisprudencia

En este orden de ideas, se efectuó un balance entre la doctrina y la jurisprudencia, pero, en el derecho, no necesariamente hay una correspondencia entre estas dos. En resumen, en los acápite anteriores se revisó la doctrina y la jurisprudencia de 2 derechos fundamentales.

1. El derecho a la libertad de expresión manifestado con el derecho a la opinión.
2. El derecho al honor.

Ante el primero, está la doctrina de la teoría preferente del derecho a la libertad de expresión y, en relación con el segundo derecho, está la doctrina normativa – fáctica; en cuanto a la jurisprudencia, se analizaron los siguientes casos⁸.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos	Tribunal Constitucional Español	Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos	Corte Interamericana de Derechos Humanos ⁹	Tribunales de Perú ¹⁰
Caso Lingens c. Austria	Caso Makoki	Hustler Magazine, Inc. Vs. Falwell	Caso la última tentación de Cristo	Caso Segundo Alejandro Carrascal c. Víctor Manuel Fera, 2010
Eon vs. Francia			Caso Kimel Eduardo G. c. República de Argentina	Caso Rafael León C. Martha Elvira Meier Miró Quesada
Vereinigung Bildender Künstler vs. Austria			Caso Tristán Donoso c. Panamá	Acuerdo Plenario No. 3-2006/CJ-116
	Caso Preysler		Caso Fontevecchia y D'Amico c. Argentina	

⁸ Fue un total de 16 casos analizados. De estos, 3 son del TEDH, 4 del Tribunal Constitucional Español, 1 de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, 6 de la Corte IDH y 4 del Poder Judicial de Perú.

⁹ Frente a los casos de la Corte IDH, el Tribunal Constitucional se ha referido de la siguiente manera: "en consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso" (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República, 2007).

¹⁰ Para el caso peruano, son precedente vinculante, según el Artículo 22 de su Ley Orgánica, las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales.

			Caso Ricardo Canese c. Paraguay	Caso Jorge Octavio Ronald Barreto Herrera c. Diario La República
			Caso Ivcher Bronstein c. Perú	

Tabla 4.1. Casos

En síntesis, de los 16 casos, 6 de la Corte IDH y 1, declarado como doctrina jurisprudencial por las Salas Penales Permanentes y Transitorias, son los vinculantes para la judicatura peruana. Cabe anotar que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional de Perú no han formulado precedentes vinculantes, igualmente, se analizaron otros casos específicos para presentar conflictos jurídicos similares al que se tuvo por objeto para ponderar en esta investigación. Por ende, se tomaron casos provenientes de la Corte Suprema de Estados Unidos, la Corte Constitucional Española y del TEDH, estos han tenido una gran influencia en la jurisprudencia constitucional peruana.

Esta influencia se identificó con una serie de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano, este ha basado su fundamentación dentro de la *ratio decidendi* de las cortes señaladas, lo que demuestra que, desde Perú, se reconoce la doctrina y la jurisprudencia internacionales como una fuente jurídica para la resolución de casos internos que necesitan de interpretación de los derechos fundamentales (Landa y Díaz, 2015). Por otro lado, se eligió una sentencia estadounidense, dado que en esta se distinguió, correctamente, el uso de las doctrinas analizadas; aun cuando no sea vinculante, no deja de ser útil, esto al posibilitar entender la lógica de la doctrina al momento de aplicarla en un ejercicio de ponderación de derechos fundamentales.

En ese sentido, en todas las sentencias se denotó una congruencia frente a la relevancia de la opinión a emitir, esto al momento de ponderarla con el derecho al honor. Por ejemplo, en el caso Makoki y en el caso Isabel Preysler, el tribunal estableció que no se habían respetado los límites del derecho a la libertad de expresión; en el caso Makoki se llegó a esta conclusión porque se aplicó la doctrina del *clear and present danger*, en tanto la publicación realizada fue considerada un peligro para ciertos grupos de personas, esto por tratarse de un discurso de odio en contra ellos.

El otro caso, que involucró a Isabel Preysler, también excedió los límites del derecho a la libertad de expresión, en tanto el fotomontaje que se emitía de ella no se encontraba dentro del umbral de lo entendido por “relevancia pública”. Por ende, la

sentencia indicó que dicha publicación no contribuía en nada al mantenimiento de una opinión pública, plural y libre para el sostenimiento del sistema político democrático, sino que simplemente atacaba a la Sra. Preysler, por lo que prevaleció la doctrina de la *clear and present danger*, pues el fotomontaje no tenía otra finalidad más que la de causar un daño injustificado al honor de Isabel Preysler.

Conforme con las sentencias del caso Lingens, Eon y Vereinigung Bildender, se determinó que el TEDH se adhirió a la doctrina de la posición preferente a la libertad de expresión; esto se debe a que, en el primer caso, se trataba de una situación donde se emitían opiniones en contra de un político (Kreisky), quien tenía gran importancia sociopolítica al ser el canciller y presidente del Partido Socialista, esto sucedió en un contexto de elecciones.

En este orden de ideas, las opiniones vertidas por el periodista sí se encontraban dentro de los límites del derecho a la libertad de expresión, esto al cumplir con el requisito de tener relevancia pública para el debate y el sostenimiento del régimen democrático, en tanto se colocaba en cuestión la idoneidad del Sr. Kreisky, quien había defendido a otro político, el presidente del Partido Liberal, este, aparentemente, había estado en la brigada de la SS durante la Segunda Guerra Mundial.

Ello se replica en el caso Eon vs. Francia, donde un ciudadano francés, militante socialista, insultó al presidente de dicho país al mostrar un cartel que decía “piérdete gilipollas”; cabe resaltar que esta frase había sido usada por Sarkozy – el presidente – contra un agricultor que no quiso estrecharle la mano. Como resultado del cartel del ciudadano francés, este fue condenado por los tribunales franceses por el delito de ofensa al presidente, con el deber de pagar 30 euros, solo en caso de reincidencia, no obstante, el condenado acudió al TEDH, pues, en su defensa, argumentaba que la condena era una intromisión ilegítima a su derecho a la libertad de expresión. En este contexto, el TEDH afirmó que los límites de la libertad de expresión son más amplios en caso de que se trate de una persona de relevancia sociopolítica, esta se expone, inevitablemente, a un control de sus acciones.

El TEDH también recordó que la sátira es una forma de expresión y de comentario social que tiende a ser exagerado y a distorsionar la realidad para provocar y agitar al lector o al público al que se dirige. Entonces, en consideración de que la condena

de los tribunales franceses podría resultar en un efecto disuasorio sobre venideras sátiras contra personas de relevancia sociopolítica, prevaleció la defensa de la sátira, en palabras de los jueces, “(el recurrente) trató de expresar públicamente una crítica de naturaleza política al jefe de Estado”, basada esta en el hecho de que este sujeto era un activista que acababa de mantener una lucha a favor de una familia turca en situación irregular dentro del país que, antes de la llegada del presidente, había sido devuelta a la frontera, con lo que se pudo establecer que había un compromiso político dentro de la naturaleza de lo expresado (Eon c. Francia, 2013).

Finalmente, frente al caso *Vereinigung Bildender vs. Austria*, la asociación de tal nombre había realizado una exposición de arte donde se incluía un cuadro del pintor austriaco Otto Mühl, llamado este “apocalipsis”.

Este era un collage que constaba de 34 figuras públicas inmersas en actividades sexuales, entre las que estaban la Madre Teresa de Calcuta, el cardenal austriaco Herman Groer y Jörg Haider, el anterior líder del Partido Liberal Austriaco; en resumen, el cuadro mostraba a una serie de personas, fueran miembros de la Iglesia católica o del Partido Liberal Austriaco, eyaculando sobre la Madre Teresa de Calcuta. Por lo tanto, el exsecretario general de dicho partido político solicitó, como medida cautelar, la prohibición de la exhibición y publicación del cuadro, así como una indemnización; en segunda instancia, esto se resolvió a favor del demandante. Así, la asociación acudió al TEDH, desde donde se resolvió que se trataba de un cuadro satírico y caricaturesco que no se refería a la vida privada del diputado del Partido Liberal, sino a su actuación política; en tal marco, el cuadro fue entendido por el TEDH como una crítica del pintor, y argumentó que cuando se produjeron los hechos, el exsecretario general del partido liberal era un diputado del Parlamento austriaco.

Lo anterior también sucedió en el caso estadounidense *Hustler Magazine, INC. Vs. Falwell*, donde se defendió el derecho a la libertad de expresión de la revista, en tanto la parodia presentada versa sobre un personaje de relevancia política. Jerry Falwell era un telepredicador conocido en todo el país por sus comentarios sobre asuntos políticos y de interés público, por lo que, en consonancia con el caso, se entendió que la parodia quería expresar un comportamiento hipócrita del predicador, esto mediante una sátira, pero esta no tenía el propósito de tergiversar la realidad para hacer pensar a los lectores que lo mostrado era cierto.

En esta línea, bajo los presupuestos de la doctrina de la posición preferente a la libertad de expresión, al ser la sátira una herramienta utilizada por la revista para generar un debate sobre las personas que tienen injerencia en la vida política y en el sistema democrático, ella está comprendida dentro del espectro de protección del derecho a la libertad de expresión. En suma, es importante tomar en consideración que la prevalencia de la sátira no se dio porque esta ponía en cuestión un debate específico de una situación concreta, sino que permitía la manifestación de una opinión general de un sujeto relevante para la vida democrática.

Por otro lado, las sentencias de la Corte IDH que se analizaron posibilitaron dar cuenta, genéricamente, de cuáles son los límites del derecho a la libertad de expresión, con lo que se ultimó que la Corte IDH se adhiere a la doctrina de la posición preferente a la libertad de expresión, así, es posible añadir lo siguiente.

- En el caso “la tentación de Cristo”, la Corte IDH defendió el derecho a la libertad de expresión frente a la posibilidad de la censura previa, en tanto es necesario fomentar un pluralismo ideológico que permita sostener y defender el sistema democrático; asimismo, la censura previa solo se consiente en los casos expuestos en el Artículo 13, inciso 4 (para defender la protección a la moral de la infancia y la adolescencia).
- En los casos Kimel Eduardo G. c. República de Argentina y Tristán Donoso c. Panamá, se expresó la importancia de diferenciar las opiniones de los hechos, esto a partir del caso Lingens, por lo que las primeras no pueden estar sujetas al test de veracidad.
- En los casos Fontevecchia y D’Amico c. Argentina, Ricardo Canese c. Paraguay, e Ivcher Bronstein c. Perú, se emitió jurisprudencia relevante al expresar que, en la arena del debate público, se protegen las expresiones que puedan irritar o inquietar. Esto es un claro desprendimiento lógico de la doctrina de la posición preferente a la libertad de expresión, en virtud de que, con esta frase, se defienden las opiniones que puedan afectar el honor de las personas, solo si se cumple con el requisito de ser de relevancia pública, y fomentar el debate y el sostenimiento del régimen democrático.

Por consiguiente, conforme con los casos peruanos, se seleccionaron 4, los primeros 3 tratan sobre un periodista o un medio de comunicación contra una persona específica por haber, supuestamente, causado una afectación al derecho al honor; en todos los casos, los periodistas o el medio de comunicación realizaban una sátira o burla de un individuo en concreto con relevancia pública. Por lo tanto, estas sentencias se adhirieron a la doctrina de la posición preferente, debido a que se cumplía con el requisito de tratar temas de relevancia pública que nutrían el debate público y la vida democrática, y en ningún momento se causaba un peligro cierto e inminente.

Por último, el cuarto caso, recaído está en el Acuerdo Plenario N. 03-2006/CJ-116, no se expresó respecto con las doctrinas expuestas como mecanismos de solución, sino que cumplió con mencionar el requisito de realizar un test de ponderación en caso de existir un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión vs. el derecho al honor; sin embargo, esto importante al ser considerado jurisprudencia vinculante para el territorio nacional.

Por lo anterior, existe un balance “positivo” entre la doctrina y la jurisprudencia en favor de la libertad de expresión, en vista de que, como se denotó, en los casos donde había una opinión que podría haber sido valorada como ofensiva, en la medida de que esta tenía relevancia para el debate público y la democracia, la resolución del caso estaba de acuerdo con lo señalado por la doctrina de la posición preferente a la libertad de expresión. Por otro lado, cuando las opiniones eran ofensivas y no contribuían a nutrir el debate público o el sostenimiento de la democracia, o suponían un peligro cierto e inminente, como en los casos Preysler y Makoki, respectivamente, las resoluciones judiciales respetaban la doctrina del *clear and present danger*. En otras palabras, la libertad de expresión tiene una preferencia en casos donde el honor puede verse perjudicado, empero, esa preferencia siempre encontrará un límite al suponer un peligro o no tener otra finalidad más que la de causar un daño a la persona a quien se dirige.

En este contexto, las doctrinas revisadas, y gran parte de la jurisprudencia, corresponden con sociedades previas a esta nueva realidad de hipercomunicación, pero esto no significa que lo estudiado carezca de relevancia, sino que es fundamental tener en cuenta que toda esa información debe ser traducida a las exigencias actuales de las sociedades tecnologizadas, donde la ofensa se ha vuelto una herramienta cotidiana en

tanto el discurso privado ha pasado a hacer parte del público como consecuencia de las redes sociales y la súper-comunicación en la que se vive.



CAPÍTULO III. REPORTE DESDE EL BAÑO DE DAMAS: ANÁLISIS DEL CASO Y EL DERECHO A LA OFENSA

A continuación, se analiza el concepto de *interpretación jurídica* para avanzar hacia la interpretación constitucional y el método del test de proporcionalidad. Esta interpretación de la presente investigación permite explicar el método de ponderación de principios constitucionales. Así, se pondera el caso de estudio elegido, la columna satírica *Reporte desde el baño de damas*. Una vez hecho esto, se puede finalizar con un análisis de la posibilidad de la existencia y defensa de un “derecho a la ofensa”, comprendido dentro del principio/derecho de libertad de expresión.

6.1 La interpretación jurídica

Primero, es necesario definir qué es la interpretación; esta es un ejercicio que supone dar sentido, es una actividad o proceso cuya finalidad que resulta en un producto: lo interpretado. Se trata de dar contenido a una expresión; en este caso, de origen legal. Así, en el derecho, el objeto de interpretación puede ser la norma o las consecuencias jurídicas de esta; por ejemplo, se puede interpretar el artículo VIII del título preliminar del Código Civil o una disposición legal para dar significado a dichos enunciados. Asimismo, desde posturas como la de Dworkin, la actividad de interpretar no se realiza únicamente desde la norma o el derecho, es decir, desde su entidad lingüística, sino también como práctica social (Bonorino, 2015).

Otro aspecto importante de la interpretación es que puede ser realizada en abstracto, al dar precisiones sobre el significado de disposiciones jurídicas o al reconstruir instituciones legales, así como en concreto; de esta forma, se califica jurídicamente un caso determinado o se da solución a un problema jurídico particular. Esta última se realiza cuando se lleva a cabo el método interpretativo de proporcionalidad.

En palabras de Jorge Portocarrero, la ponderación no se realiza sobre casos hipotéticos, sino sobre situaciones específicas, concretas, que permitan analizar los diferentes aspectos requeridos por esta forma de solución de conflictos, donde se debaten los principios o fines constitucionalmente protegidos (Portocarrero, 2017). Así, para el

derecho, la interpretación se convierte en un ejercicio sistemático, metódico y racional que da sentido o contenido a una o varias normas, u otras formas de manifestación jurídica.

Por último, en los supuestos donde es necesario realizar una interpretación, esta labor se convierte en una actividad práctica y no teórica, es decir, no de saber puro. Por ello, la interpretación es también una estrategia dirigida a obtener un resultado. En conclusión, el acto de interpretar no es puramente lógico ni totalmente científico. La palabra *interpretación* supone una carga subjetiva, por lo que, independientemente de quien la realice, ya sea un juez o un abogado, no es un simple ejercicio de subsunción de hechos a normas a través de un método de adecuación deductivo, sino que este se ampara en fundamentos de hecho y derecho, al decidir un rumbo interpretativo según el caso (Mantilla, 2009).

6.2 La interpretación constitucional

A manera de introducción, se inicia este acápite con la revisión de los principios de interpretación constitucional y cómo estos se han manifestado en la jurisprudencia nacional. La Constitución como norma tiene ciertas especificidades que hacen de su interpretación una tarea tal vez más compleja o, por lo menos, diferente a la interpretación legal en general. Hay que tomar en cuenta el rango que esta –la Constitución– tiene dentro de un Estado, el contenido que alberga y su finalidad.

En ese orden de ideas, una de las particularidades más resaltantes de las Constituciones en general es el hecho de que no suelen tipificar conductas sociales para otorgarles ciertas consecuencias jurídicas, como sucede en el derecho penal, por ejemplo. Más adelante se ahonda en este punto, el cual trata sobre la diferencia entre reglas y principios, donde los segundos corresponden, en su mayoría, al ámbito constitucional. Otro elemento importante es la politicidad de la Constitución, pues la norma fundamental del Estado tiene un componente político que debe considerarse al momento de interpretar. Finalmente, las Constituciones tienen un carácter axiológico que hace su interpretación más compleja, en tanto que esta puede variar según el espacio-tiempo (Díaz, 2008).

Según Hakansson (2009)¹¹, hay dos grandes concepciones judiciales sobre la Constitución. La primera es entendida como la Constitución testamento, la cual se refiere a esta como un documento histórico que debe ser obedecido, al cumplir con las intenciones de quienes la redactaron; bajo esta óptica, la Constitución no debe variar en cuanto a sus significados. *Contrario sensu*, la Constitución viviente parte del presupuesto de que una Constitución testamento es un imposible, una ficción; para ello, se parte de que esta se encuentra en medio de una constante evolución. Así, la Constitución es lo que el Gobierno y el pueblo reconocen y respetan como tal; en otras palabras, no se ejecuta el mensaje del constituyente histórico como si se hablara de un testamento, sino que se cumple con una versión actualizada de lo que el constituyente redactó.

En ese sentido, la Constitución como texto viviente obliga a abogados y operadores jurisdiccionales a llevar a cabo una labor más compleja al momento de otorgar contenido al texto, pues este sufre una constante evolución o transformación. Por ello, hay una serie de herramientas a las que se recurre para interpretar los principios y normas constitucionales.

[...] Los métodos tradicionales (literal, sistemático, teleológico, social, tópico, etc.) no son suficientes para comprender con seguridad el significado y contenido de la Constitución, por eso es necesario el refuerzo de unos principios que nos ayuden a descubrir el significado de sus disposiciones. Los principios son aquellas instituciones que poseen cierta proyección normativa de las cuales se pueden obtener reglas jurídicas; no todos se encuentran en la Constitución, muchos se encuentran fuera de ella, pues se invocan, mueven y desarrollan mejor en un mundo de sentencias. (Hesse, 1992, p. 1)

Como lo expresó Hesse (1992), los métodos tradicionales de interpretación legal no son suficientes. Así, se analizan, a continuación, los principios de interpretación constitucional.

6.2.1 El principio de unidad

Este parte del concepto de que la Constitución es una construcción integral que debe ser entendida como un todo, por lo que cada disposición debe armonizarse con las demás; en otras palabras, la Constitución no puede tener contradicciones internas. Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú ha mencionado lo siguiente:

¹¹ Constitucionalista peruano, doctor en derecho por la Universidad de Navarra, España, profesor de derecho constitucional en la Universidad de Piura.

[...] El criterio de interpretación, el operador jurisdiccional debe considerar que la Constitución no es una norma (en singular), sino, en realidad, un ordenamiento en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido. Desde esta perspectiva, el operador jurisdiccional, al interpretar cada una de sus cláusulas, no ha de entenderlas como si [...] fueran compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el poder constituyente. Por ello, ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere superposición de normas, normas contradictorias y redundantes. (Tribunal Constitucional del Perú, 2003)

Aunque este tema se trata más adelante, en las Constituciones suelen haber conflictos entre dos o más derechos que nacen como consecuencia de las relaciones sociales. Este tipo de conflictos entre dos o más principios constitucionales exigen una interpretación especial de la Constitución; un ejemplo de ello es el caso que se pondera: la libertad de expresión vs. el derecho al honor. Así, es necesario utilizar un método interpretativo como el de proporcionalidad y ponderación, donde el conflicto se resuelve a partir del caso en concreto. Esta idea se une con lo propuesto por el siguiente principio.

6.2.2 El principio de concordancia práctica

Este principio hace referencia a que, en la medida de lo posible, se debe evitar sacrificar una norma constitucional al aplicar otra de igual naturaleza. Sin embargo, en el caso de una colisión entre derechos, se debe desarrollar un ejercicio de ponderación según el caso específico.

En virtud del principio de concordancia práctica toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, se encuentra reconducido a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio/derecho de dignidad humana. (Tribunal Constitucional del Perú, 2005)

6.2.3 El principio de corrección funcional

Este principio supone que el juez, al momento de interpretar, no puede desvirtuar las funciones y competencias que el constituyente ha asignado para cada uno de los órganos constitucionales. Con ello, se busca que el respeto hacia los derechos fundamentales siempre se garantice.

[...] Principio de corrección funcional, [...] exige al Tribunal y al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúen las funciones y competencias que el

constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado constitucional y democrático, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado. (Tribunal Constitucional del Perú, 2006)

6.2.4 El principio de función integradora

Bajo este principio se regresa, en cierta medida, a los fundamentos de concordancia práctica y unidad, en tanto que se procura considerar válida la interpretación que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad. Lo que se hace es dar primacía al principio de estabilidad y continuidad de la Constitución.

[...] En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la norma fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme. (Tribunal Constitucional del Perú, 2003)

6.2.5 El principio de fuerza normativa de la Constitución

Este principio busca otorgar preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia de las disposiciones constitucionales.

Conforme al principio de fuerza normativa de la Constitución la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no solo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, al propio Tribunal Constitucional) y a la sociedad en su conjunto. (Tribunal Constitucional del Perú, 2005)

6.2.6 El principio *pro homine*

El principio *pro homine* es concreto en cuanto a que busca elegir la interpretación más favorable para la persona, en caso de que haya diversas posibilidades; ello, a fin de promover sus derechos y libertades.

El principio *pro homine*, denominado también "regla de la preferencia", que establece en esencia que ante eventuales diversas interpretaciones de una disposición, es imperativo para el juez constitucional escoger aquella que conlleve una mejor y mayor protección de los derechos fundamentales, desechando toda otra que constriña, reduzca o limite su cabal y pleno ejercicio. (Tribunal Constitucional del Perú, 2015)

En conclusión, la interpretación constitucional cuenta con una serie de principios autónomos que le permiten dar contenido a los enunciados lingüísticos que se encuentran en el texto fundamental. Como se mencionó, esto se debe a una serie de diferencias entre la norma constitucional y la legal o infralegal. Así, la diferencia principal es la naturaleza principialista de la Constitución, en contraposición a la esencia de “regla” que pueden tener las normas legales e infralegales. A continuación, se estudian estos dos fenómenos jurídicos para entender por qué se necesita, en este caso, un ejercicio de proporcionalidad y ponderación.

6.3 Sobre principios y reglas

El derecho constitucional previo a la segunda mitad del siglo XX definía los principios, según el artículo VIII del título preliminar del Código Civil vigente, como un conjunto de pautas residuales que aparecen o se vuelven útiles al momento de llenar un vacío legal o una deficiencia normativa. El trabajo de Dworkin y los de posteriores juristas rompieron con esta idea al plantear que los principios eran verdaderas normas, las cuales buscaban llenar los vacíos del derecho. Este constituye un argumento central al momento de resolver conflictos jurídicos (Grández, 2016).

De otra parte, cabe definir la diferencia entre los principios y reglas como expresiones normativas; así, lo primero que se puede decir es que los primeros configuran un caso de forma abierta, y las segundas lo hacen de forma cerrada. En ese sentido, las reglas resuelven casos con una mayor capacidad de determinación. Por el contrario, los principios permiten una mayor discrecionalidad al momento de resolver un conflicto jurídico (Atienza y Ruiz, 2007). Igualmente, reglas y principios difieren en cuanto al nivel de exigencia al momento de adoptarse: en el caso de estas, deben cumplirse totalmente o no cumplirse en lo absoluto; por el contrario, los principios son mandatos de optimización y se caracterizan por ser cumplidos de manera gradual, según las posibilidades fácticas y jurídicas del caso en concreto (Alexy, 1988).

Asimismo, las reglas se aplican mediante silogismos subsuntivos; y los principios, mediante un ejercicio de optimización a través de la ponderación. En ese orden de ideas, las reglas son propias de la lógica deóntica; y los principios, de la lógica de la preferencia. Por ello, las reglas se resuelven a través de subsunciones; y los principios, de ponderaciones (Aarnio, 2000). Adicionalmente, desde la lógica constitucional, los

principios permiten expresar la pluralidad de valores y la necesidad de acuerdos mínimos dentro de lo que es el derecho constitucional. En palabras de Zagrebelsky (2014):

Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios, con lo cual, la distinción entre reglas y principios supondría a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley. (p. 5)

Por ello, la indeterminación de los principios es consecuencia del pluralismo social en el que se vive, de manera que estos permiten una mayor perdurabilidad y cobertura de los supuestos constitucionales al no estar contruidos de manera cerrada; así, estos pueden ser derechos vivos que se mantienen vigentes aún dentro de los constantes cambios que supone la vida social. Nuevamente, según Zagrebelsky, los principios dan ductilidad a las Constituciones (Zagrebelsky, 2003).

Finalmente, no es que los principios sean el mejor método de redacción normativo jurídico; por ejemplo, la ausencia de reglas supondría la incapacidad de adoptar decisiones por parte de los órganos estatales, sin tener que embarcarse en un proceso deliberativo largo, complejo y difícilmente predecible (Grández, 2016). De esta manera, dadas las diferentes finalidades entre una ley o norma infralegal y una Constitución, se hace necesario que esta última se construya a partir de una serie de principios genéricos necesarios dentro de un Estado constitucional de derecho.

6.4 Sobre la proporcionalidad y su desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

A partir de la sentencia sobre el caso de la legislación contra el terrorismo, emitida por el Tribunal Constitucional peruano, se ha defendido el principio de proporcionalidad de la siguiente manera:

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona. (Caso sobre legislación contra el terrorismo - Marcelino Tineo Silva y más de 5 mil ciudadanos, 2003)

Por otro lado, la siguiente sentencia establece la importancia del análisis de proporcionalidad como acto indispensable para justificar una afectación al ejercicio de los derechos fundamentales:

El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior de justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. (Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y más de 5 mil ciudadanos c/ el Congreso de la República, 2005)

Como se observa, el principio de proporcionalidad se encuentra positivizado en el artículo 200 de la Constitución Política del Perú, y su utilidad se circunscribe al análisis de cualquier acto restrictivo de un derecho subjetivo. Igualmente, este principio es importante en tanto que fundamenta el Estado constitucional de derecho, pues es una herramienta contra toda forma de arbitrariedad jurídica; con esto, es ineludible su aplicación como sustento de constitucionalidad al momento de ejecutar una medida restrictiva de derechos fundamentales. En cuanto a la estructura de la ponderación, y a partir de la postura de Bernal (2003), se tiene lo siguiente:

[...] Al igual que el silogismo, la ponderación es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto. (p. 2)

Por otro lado, desde lo expuesto por Robert Alexy, la estructura del test de ponderación se divide en tres subprincipios: el de idoneidad y el de necesidad, que responden a la necesidad de verificar las posibilidades de hecho en que pueden ser cumplidos los derechos fundamentales en cuestión; y el de proporcionalidad en el sentido estricto, el cual responde a las posibilidades de cumplimiento de los derechos en cuestión en cuanto a sus posibilidades jurídicas (Alexy, 1993). Así las cosas, la ponderación permite minimizar los márgenes de discrecionalidad en la restricción de los derechos fundamentales considerados como principios, lo cual resulta en una jerarquía axiológica móvil entre aquellos principios en conflicto (Guastini, 2007).

Entonces, es momento de analizar la estructura de la ponderación a través de ejemplos provenientes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Como se mencionó, el examen de proporcionalidad en sentido amplio está constituido por tres subexámenes que corresponden a los tres subprincipios referidos por Alexy: de

adecuación o idoneidad, de necesidad y de ponderación en sentido estricto (Portocarrero, 2017). Igualmente, se utiliza la jurisprudencia nacional para ver la materialización de estos exámenes.

6.5 Examen de proporcionalidad

6.5.1 Subexamen de adecuación o idoneidad

Se trata de analizar una relación de medio a fin. En esta etapa se evalúa si el medio elegido es adecuado para la protección del derecho fundamental afectado; por ejemplo, se puede analizar el caso de cetrería en un distrito de Alemania, donde una municipalidad emitió una ordenanza a través de la cual se obligaba a las personas que practicaban la cetrería a que tuvieran una licencia para dicha actividad y una licencia para portar armas. Esto se desarrolló bajo el argumento de que el uso de aves para cazar se equiparaba con el uso de armas. Tal caso llegó al Tribunal Constitucional alemán; en este, a través de un examen de adecuación, se resolvió que la exigencia de una licencia para portar armas a fin de practicar cetrería no era idónea. Es decir, el medio –tener licencia de armas– para proteger el fin –la seguridad pública– en el contexto municipal era excesivo. En suma, se concluyó que el fin se cumplía con el acto de tener una licencia para portar un ave rapaz. Según la sentencia recaída en el expediente No. 045-2004-AI/TC, el Tribunal definió la idoneidad de la siguiente manera:

La idoneidad consiste en relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin.

Asimismo, el análisis de idoneidad supone:

[...] De un lado, que ese objeto sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.

6.5.2 Subexamen de necesidad

En esta etapa se analiza la relación medio-medio, donde, de existir medios alternativos menos gravosos para el derecho o fin restringido, se deben preferir estos. Asimismo, cabe examinar si hay otros medios menos lesivos. El análisis de necesidad, a partir de lo expresado por el Tribunal Constitucional, establece que debe realizarse:

- La identificación de medios hipotéticos alternativos idóneos.

- La determinación de:
 - Si tales medios –idóneos– no intervienen en el derecho o principio en cuestión.
 - Si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad (Tribunal Constitucional del Perú, 2005).

6.5.3 Principio de proporcionalidad en sentido estricto

Un medio idóneo y necesario puede ser excesivo si los argumentos a favor de la importancia del derecho o fin protegido (P2) no sobrepasan el peso de los argumentos para evitar aquella restricción al derecho (P1). Lo que se hace aquí es analizar la intensidad de afectación en el derecho P1 en relación con la importancia de satisfacer el derecho P2. Para ello, existen tres etapas argumentativas:

- La determinación del grado de afectación o intervención en el principio afectado.
- La determinación del grado de importancia de la satisfacción del principio afectante.
- La determinación del hecho de si el grado de satisfacción del principio afectante justifica la afectación o la intervención del principio afectado.

Esto se logra a través del análisis del caso concreto. Para ello, hay que emplear la ley de la ponderación, según la cual: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro” (Alexy, 2019, p. 1). Igualmente, “la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental” (Caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 3 de la Ley 27466, 2005).

A continuación, se presenta un cuadro elaborado por Grández (2010)¹² con respecto al test de proporcionalidad; en este se puede ver una valoración de intervenciones y satisfacciones definidas como leves, medias y altas, a fin de entender en qué casos una intervención resulta inconstitucional, constitucional o empate:

¹² Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, máster en política jurisdiccional por la Universidad Católica del Perú y máster en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante, con estudios concluidos de doctorado en la Universidad de Castilla-La Mancha.

Los conflictos (C1, C2 y C4), contienen medidas (M) proporcionales o constitucionales. Los conflictos (C6, C8 y C9) contienen medidas desproporcionadas y por tanto inconstitucionales. Finalmente, los conflictos (C3, C5 y C7) requieren una carga argumentativa adicional que excede los márgenes de la ponderación. (Grández, 2010, p. 1)

C1 Intervención leve vs. satisfacción alta	M1: constitucional
C2 Intervención leve vs. satisfacción media	M2: constitucional
C3 Intervención leve vs. satisfacción baja	M3: empate
C4 Intervención media vs. satisfacción alta	M4: constitucional
C5 Intervención media vs. satisfacción media	M5: empate
C6 Intervención media vs. satisfacción baja	M6: inconstitucional
C7 Intervención intensa vs. satisfacción alta	M7: empate
C8 Intervención intensa vs. satisfacción media	M8: inconstitucional
C9 Intervención intensa vs. satisfacción leve	M9: inconstitucional

Tabla 6.1: Test de proporcionalidad

Finalmente, la ponderación como test de intensidades desde la aplicación del Tribunal Constitucional peruano puede verse a través del caso Calle de las Pizzas; en ese sentido, a partir de lo señalado por el Tribunal, el conflicto era entre:

[...] El derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud (de los vecinos de la zona restringida), la libertad de trabajo y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (de los propietarios de los establecimientos y de los concurrentes, respectivamente). (Caso Calle las Pizzas, 2007)

Lo anterior se resuelve de la siguiente manera:

El grado de realización de la protección del derecho a la salud es *elevado*. El descanso y el dormir habitual de la persona durante la noche constituye un elemento indispensable para la recuperación de energía, por ello, su disfrute posibilita un estado de salud pleno. Por el contrario, su perturbación o interrupción como consecuencia de ruidos molestos, de un entorno acústicamente contaminado, como el que ocasionaría el funcionamiento nocturno sin límites de horarios en los establecimientos de la Calle de las Pizzas, ocasionaría una afectación grave del derecho a la salud. En tal sentido, la medida restrictiva analizada constituye un medio a través del cual se alcanza una elevada realización del derecho a la salud. La salud, por su importancia, no puede protegerse a través de medios que den paliativos frente a los factores que la afectan o que la ponen en peligro, sino a través de medios plenamente efectivos, de modo que se garantice con eficacia el derecho a la salud de las personas [...]. En consecuencia, se tiene que la intensidad de la intervención es leve, mientras que el grado de realización del fin constitucional es elevado. Expuesto, en otros términos, conforme a la ponderación efectuada se concluye que, en la restricción del horario de atención examinada, resulta que el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desenvolvimiento de la personalidad es leve, mientras que el grado de protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud es elevado. Por

consiguiente, la medida adoptada satisface la ley de ponderación y, por tanto, es constitucional. (Caso Calle las Pizzas, 2007)

Este ejemplo ilustra el hecho de que, debido a que dormir durante la noche es indispensable para una buena salud, y la perturbación de esta a consecuencia de ruidos molestos a causa de establecimientos con funcionamiento nocturno sin límites de hora promueven una afectación grave de esta, la acción restrictiva de fijar horarios de funcionamiento constituye un medio que permite una elevada realización de la protección al derecho a la salud. Asimismo, la restricción en horario de funcionamiento de los locales es una medida leve de intervención.

Teniendo en cuenta el cuadro realizado por Pedro Grández, se da el supuesto C1, donde ocurre una intervención leve contra derechos como el de la libertad de trabajo y el del libre desenvolvimiento de la personalidad contra una satisfacción alta en favor del derecho a la salud, a la protección del medio ambiente y a la tranquilidad. Con ello, la decisión de restringir el horario de funcionamiento de los locales de la Calle de las Pizzas resulta constitucional. Finalmente, al explicar la ponderación, se debe considerar que, para los críticos de este método, se trata de una falacia de la falsa precisión, en tanto que se le atribuyen valores matemáticos a las variables de la proporcionalidad en estricto, con lo que se construye una regla aritmética que da la falsa impresión de que los problemas ponderativos pueden resolverse por algoritmos (Vaz Ferreira, 1962).

No obstante, Atienza respondió que la valoración numérica dada por Alexy es consecuencia de la cultura alemana en la que dicho autor ha vivido y que, independientemente de la creación de un algoritmo, la fórmula del peso propuesta por Alexy permite dar un orden claro a una argumentación que tiene por finalidad resolver el conflicto entre dos o más principios contrapuestos (Atienza, s.f.).

Lo que Vaz Ferreira, García Amado y muchos otros autores han planteado como argumento de debate frente a la efectividad de la ponderación es la ausencia de racionalidad de esta, o la falsa apariencia de racionalidad encubierta con valores numéricos y fórmulas. En ese sentido, si se sigue con la lógica de Atienza, la ponderación puede ser un procedimiento racional, aunque no siempre lo sea; no obstante, lo importante dentro del ejercicio de la ponderación es la aplicación de un razonamiento jurídico motivado que permita justificar una resolución o una decisión (Atienza, s.f.).

Habiendo dicho esto, la presente postura considera lo expuesto por Aguiló, profesor de derecho constitucional de la Universidad de Alicante; esto es, el derecho le exige a los jueces y a sus operadores formas de interpretación que no pueden ser puramente jurídicas. Así, el derecho no es solo un conjunto de normas, sino una práctica social que requiere de una valoración (Aguiló, 2009).

En ese sentido, la ponderación requiere de una valoración realizada por el juez, mas esta no supone una parcialización por ser una valoración. La decisión a la que se llega a través de la valoración debe estar fundada en un razonamiento jurídico coherente que permita justificar la decisión. De esa forma, no es posible señalar que un método de subsunción, por ejemplo, pueda reemplazar la ponderación, pues hay casos difíciles donde la norma no puede colmar las expectativas de la realidad; es decir, es imposible subsumirla en los hechos, dado que estos tienen una variabilidad a consecuencia de ser actos humanos impredecibles. Por ello, la ponderación se vuelve una herramienta eficaz para resolver casos difíciles en los que la realidad excede la capacidad de anticipación de la norma.

CAPÍTULO IV. LA PONDERACIÓN HIPOTÉTICA EN EL CASO CONCRETO

Después de explicar la ponderación como ejercicio interpretativo que permite dar solución a casos difíciles o donde los derechos en conflicto son principios constitucionalmente protegidos, se da paso a la descripción del caso de la columna satírica *Reporte desde el baño de damas*, de La China Tudela, personaje ficticio creado por el periodista Rafael León a través de la revista Caretas.

Una vez explicado, se analiza, a través de un juicio hipotético y mediante la ponderación como herramienta principal, si la columna satírica en cuestión está protegida por el derecho a la libertad de expresión o no, y si la solución es establecer una regla que positivice el derecho a la ofensa. Aquí, se deben señalar su contenido y sus límites, o si este posible contenido nuevo de un derecho viejo debe permanecer como un principio jurídico, es decir, como un mandato de optimización que puede ser cumplido según las posibilidades fácticas y jurídicas del caso en concreto, considerando que el contenido del derecho a la libertad de expresión contiene un grado de indeterminación a consecuencia del pluralismo social y de un tiempo y espacio determinados. En ese sentido, como primera observación, se tienen que reglamentarlo podría causar una ausencia de ductilidad en el principio/derecho y en la Constitución, lo cual terminaría por afectar el ámbito de protección de este.

7.1 Sobre la columna de La China Tudela

La China Tudela es un personaje satírico que nació en 1979 a través del semanario Monos y Monadas para luego pasar a formar parte de la revista Caretas, por medio de la pluma del periodista Rafael León. Se piensa que “Rafo” se basó en distintas figuras conocidas de la Lima de los años 50, de quienes tomó ciertas características físicas y de personalidad para crear un personaje que se burla de la sociedad. Entre dichas mujeres, se tienen las siguientes: Mocha Graña, Carola Aubry, Viruca Miró Quesada y Doris Gibson. Todas estas pertenecían a las altas esferas socioeconómicas de aquel Perú

(Muñoz-Najar, 2004). A través del personaje, se representa a la mujer “pituca” peruana, en un cúmulo de estereotipos congregados en una sola persona, quien tiene ciertas características fenotípicas propias del estereotipo (rubia y blanca), y otras características sociológicas (racista, clasista, chismosa, etc.).

Debido a las características del personaje, y a consecuencia de la redacción de su creador, este se ha visto envuelto en una serie de conflictos que ponen en tela de juicio el límite entre la libertad de expresión; esta es manifestada a través de un conflicto entre la sátira política y el derecho al honor, así como la posibilidad de reflexionar sobre la existencia de un derecho a la ofensa, protegido por el derecho a la libertad de expresión.

En ese sentido, la columna de La China Tudela, titulada *Reporte desde el baño de damas*, es uno de los casos que debaten los límites de la sátira política, donde se hace una ridiculización de varios congresistas. Esta columna satírica se inicia al relatar la visita del papa Francisco al Perú, y al hablar sobre quienes irían a su santa misa en la ciudad de Lima. Bajo ese contexto, La China Tudela narra lo que una “informante” suya, quien trabaja como limpiadora de baños en el Congreso de la República, le cuenta que ha escuchado. Así, La China describe lo que las congresistas conversaban entre sí en el baño y opina al respecto. Esta ridiculización causó un fuerte conflicto, pues las palabras utilizadas por el autor fueron tomadas como racistas, machistas, insultantes y difamatorias. A continuación, se muestran las partes del texto que contienen insultos, a fin de graficar de mejor manera el análisis:

La Luz Lomo Saltado, por ejemplo, que pasa de seriecita, ha contado que se ha mandado a hacer [...] un chachá negro de seda plástica de dos piezas, saco y falda, pero que para poder ponérselo entre ahora y enero de 2018 va a tener que bajar treinta kilos. La Chaconcha, [...] ya después cuando salió del WC, la enrulada congresista contó que ella iba a ir de negro también, pero con falda de tajo por si algún purpurado arreola se animaba [...]. Lo que sí, también comentó que se iba a poner sombrero, “con ese velito sobre los ojos, como las putas francesas” [...]. Muñeca de Migajón, doña Rosita, ha elegido el blanco total, lo que me parece un desatino porque como ella es color yuca pelada, una tenida alba la va a hacer parecer un fantasma, y cuando la Miraseno le hizo ver que con ese color de piel le quedaría regio un rosado chicle, Muñeca respondió que lo que ella busca es que el papa piense que es su ángel de la guarda que lo viene a proteger a este país donde nunca sabes si te están asaltando o haciendo el amor [...]. La Potoborgo, o algo así, que parece que es cherry de Imbecerril, soltó que este iba a ponerse un terno celeste granadero, con mocasín, media blanca y corbata tornasol pejerrey. Por su lado una congresista que es analfabeta total y no me acuerdo de su nombre, dio la primicia de que Cagarruta está desesperado todos sus ternos están rasgados por adentro de las mangas, qué quieres que te diga. Salaburro,

según otra de las tamalonas, que se las da de VIP trujillano, va a vestirse de chalán e intentará meter un caballo de paso al sagrado recinto [...]. Una tal Anaculo, que creo que es iqueña, remató la sesión diciendo, “ojalá haya butifarritas con harta cebolla que, a mi marido, que es comandante, le encantan”. (León, 2017, párr. 1)

Antes de realizar el ejercicio de proporcionalidad, es importante identificar a los y las congresistas satirizados, y aquellas particularidades que estos comparten.

Partido político	Congresista	Apodo satírico
Fuerza Popular	Luz Salgado	Luz Lomo Saltado
Fuerza Popular	Cecilia Chacón	La Chaconcha - Putita francesa
Fuerza Popular	Rosa Bartra	Muñeca de Migajón
Fuerza Popular	Karina Beteta	Miraseno
Fuerza Popular	Tamar Arimborgo	La Potobotgo
Fuerza Popular	Héctor Becerril	Imbecerril
Fuerza Popular	Luis Galarreta	Cagarruta
Fuerza Popular	Daniel Salaverri	Salaburro
Fuerza Popular	Betty Ananculí	Anaculo

Tabla 7.1: Congresistas satirizados

Es importante tener en cuenta que la sátira de La China Tudela, independientemente de lo agravante que pueda ser, es política; en este caso, todos los personajes de la columna eran congresistas del partido político Fuerza Popular, el cual era mayoritario entonces. Ahora, con las partes más importantes de la sátira presentadas y los personajes individualizados, es necesario exponer las quejas de estos y de la ciudadanía en general, y señalar cuándo se llegó al pináculo del debate. Luego de la publicación de la columna, las excongresistas Luz Salgado y Cecilia Chacón salieron en diversos medios de comunicación para exhibir su claro rechazo frente a Rafael León y su personaje. Chacón (2017) fue citada por el diario Perú21, donde afirmó lo siguiente:

Esta violencia psicológica escrita se disfraza de sátira y no es más que insulto enfocado en el aspecto físico de la mujer (fea, vieja, gorda, chola, machona, con bozo), algo propio de la enfermiza mentalidad del machista promedio y de quienes odian o se sienten amenazados por las mujeres. (párr. 4)

En esa misma línea, el colectivo feminista Ni una menos expresó, a través de Twitter, lo siguiente: “Rechazamos tajantemente humor machista, racista y clasista de ‘Rafo’ León. La crítica política no necesita de esas taras” (Ni una menos, 2017, párr. 1). Por su parte, el congresista Luis Galarreta salió a defender a sus compañeras de bancada, y señaló: “Tan cobarde es ese individuo que jaló de los cabellos a esa señorita, como este personaje que escribe insultando permanentemente. Usa un seudónimo, mezcla sus

posiciones y rivalidades políticas para atacar cobardemente a diferentes personas” (El Comercio, 2017, párr. 8). Además, en calidad de funcionario público –como presidente del Congreso– instó al pueblo peruano a realizar un boicot contra la revista Caretas, específicamente contra La China Tudela, debido a la columna mencionada.

Por otro lado, cabe considerar que, dado que la mayoría de congresistas insultadas son mujeres, la sátira se vuelve más controversial; esto, teniendo en cuenta que, según las encuestas realizadas por Datum, el 74 % de la población peruana considera que el país está compuesto por una sociedad machista. Asimismo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) indicó que 1 de cada 3 mujeres en el mundo ha sufrido violencia física y/o sexual (RPP Noticias, 2019). En ese sentido, esta sátira puede ser vista o interpretada como un refuerzo o una normalización de la violencia contra la mujer y las palabras y frases que se pueden tomar como cotidianas son pequeñas manifestaciones del machismo normalizado.

No obstante, el debate giró debido a la acción del expresidente del Congreso, Luis Galarreta. En ese momento, sin dejar de lado el machismo detrás de la mencionada columna, el debate se enfocó en los límites del ejercicio de la función pública; es decir, ¿puede un funcionario público, que en este caso también es el expresidente del Congreso, hacer un llamado a un boicot contra un medio de prensa? ¿Afectaría esto a la libertad de prensa y la libertad de expresión y opinión? Hay cuatro cosas para resaltar en este punto:

- a) Todas las personas objeto de la sátira eran congresistas que compartían escaños en un mismo periodo.
- b) Todos correspondían a un mismo partido político, el cual tenía la mayoría de los escaños en el Congreso.
- c) Hay una carga machista dentro de la forma en que se relata la sátira.
- d) Ha existido un peligro abstracto contra la libertad de expresión y opinión como consecuencia de las acciones de Fuerza Popular desde el poder legislativo¹³.

¹³ Ese contexto de ataques estuvo representado, entre otros, por el Proyecto de Ley No. 4275, del excongresista Clayton Galván (Fuerza Popular), que propuso regular el uso indebido de redes sociales, al modificar el delito sobre difamación en caso de que esta fuera hecha a través de plataformas virtuales, con lo cual proponía establecer una pena no menor de cuatro ni mayor de siete años de privación de la libertad. Ello suponía darle cárcel efectiva a un ciudadano por cometer un delito de difamación (Galván, 2019).

7.2 El caso hipotético

Como se expuso en la introducción, para resolver las preguntas de la tesis mediante el análisis de la columna *Reporte desde el baño de damas* de León, se busca crear una situación hipotética compuesta por una parte real, que viene a ser la columna de sátira en cuestión, la cual fue publicada el 5 de octubre de 2017 en la revista *Caretas*. Además, una segunda parte, hipotética, supone asumir que ha existido un juicio penal previo en contra del mencionado periodista, bajo el cual se le ha condenado en segunda instancia con un año de pena, suspendida por el delito de difamación agravada por medio de prensa en contra de Cecilia Chacón, quien es uno de los personajes en la mencionada columna; esto, por haberse referido a ella como una “putita francesa”.

Para ello, se asume que la excongresista Chacón inició una querrela en contra de Rafael León como consecuencia de su columna *Reporte desde el baño de damas*, la cual, según la querellante, ha dañado su honor y menospreciado su calidad como congresista y política mediante calificaciones humillantes y misóginas que suponen violencia de género. Como consecuencia de esta querrela hipotética, Rafael León fue condenado en primera instancia, y dicha condena se confirmó en segunda instancia; así, este debe cumplir con la pena de un año de prisión suspendida y el pago de una indemnización.

En ese sentido, el condenado presentó un amparo contra la resolución judicial condenatoria, a fin de argumentar, bajo el precedente de Apolonia Ccollcca (sentencia recaída en el expediente No. 3179-2004-AA/TC), que la resolución judicial, aunque ha sido emitida dentro de un proceso regular en el que se ha respetado la tutela procesal efectiva, ha lesionado su derecho fundamental a la libertad de expresión. Lo anterior, puesto que no se ha tenido en consideración que el derecho a la ofensa está comprendido dentro del contenido del derecho a la libertad de expresión, dado que este es un contenido nuevo de un derecho viejo.

Cabe resaltar que, previo al precedente de Apolonia Ccollcca, solo procedían los amparos contra resoluciones judiciales que emanaran de un proceso irregular, donde se entendía por irregular la afectación a los derechos procesales de una de las partes durante el proceso. Esta interpretación nace de lo expuesto en el artículo No. 200 de la

Constitución Política del Perú. Sin embargo, a través del caso Ccollcca, se resolvió que también proceden aquellos amparos contra sentencias judiciales cuando se ven afectados derechos fundamentales de la persona, no solo los derechos fundamentales de orden procesal. Con esto, Rafael León basó su amparo en una supuesta afectación a su derecho a la libertad de expresión.

La tesis según la cual el amparo contra resoluciones judiciales procede únicamente por violación del derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional, confirma la vinculatoriedad de dichos derechos en relación con los órganos que forman parte del poder judicial. Pero constituye una negación inaceptable en el marco de un Estado constitucional de derecho, sobre la vinculariedad de los “otros” derechos fundamentales que no tengan la naturaleza de derechos fundamentales procesales, así como la exigencia de respeto, tutela y promoción ínsitos en cada uno de ellos. (Tribunal Constitucional del Perú, 2005)

En ese sentido, si se parte del precedente de Apolonia Ccollcca, el Tribunal ha resuelto el examen de razonabilidad, coherencia y suficiencia, con lo que se concluye que es necesario evaluar todo el proceso judicial ordinario para determinar si ha ocurrido o no una afectación al derecho fundamental de la libertad de expresión de León, en tanto que el acto lesivo invocado por el demandante está vinculado directamente con la decisión judicial que emana del proceso ordinario. Por ello, es necesario que el Tribunal Constitucional, mediante un ejercicio de ponderación, proceda a decidir si ha habido o no una afectación al derecho fundamental de la libertad de expresión del autor de la columna.

7.2.1 La ponderación

A continuación, se procede con la resolución del caso hipotético, al realizar un test de proporcionalidad con respecto al derecho de la libertad de expresión de León vs. el derecho al honor de Chacón; esto, en consecuencia del uso de la frase “putita francesa” que se publicó en la columna del actual demandante. En ese orden de ideas, se plantea un universo hipotético donde se debe escoger: a) defender la columna de La China Tudela, *Reporte desde el baño de damas*, a través del derecho a la libertad de expresión y opinión, y restringir el derecho al honor de la persona afectada por las frases; o b) restringir el derecho a la libertad de expresión debido a que las frases usadas exceden el ámbito de protección de este. Para ello, se propone una medida restrictiva en favor del derecho a la libertad de expresión, a fin de estudiar si los fines de esta, así como los medios empleados para alcanzar dichos fines, son legítimos. Así las cosas, se tiene por objeto proteger el

derecho a la libertad de expresión a través de la publicación de sátiras políticas que pueden resultar ofensivas; esto, dada su importancia como fundamento democrático.

Como se evidenció en el capítulo primero, la sátira política ha estado presente a lo largo de la vida republicana del Perú: a inicios del siglo XX, con Leónidas Yerovi y sus quejas en contra del régimen político aristocrático; y con Sofocleto y, más adelante, con Nicolás Yerovi, Rafael León y otros autores. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la sátira y la libertad de expresión en el Perú han pasado por un proceso de precarización a consecuencia de restricciones políticas y del mercantilismo dominante y sesgado en los medios de comunicación. Por ejemplo, Sofocleto terminó exiliado y encarcelado más de una vez a causa de sus sátiras políticas durante gobiernos con dictaduras militares (SUMAQ, 2017). Asimismo, durante el Gobierno de Alberto Fujimori, y a través de los denominados “diarios chicha”, se precarizó la libertad de expresión debido a una prensa escrita sensacionalista, donde se resaltaba aquello que fuera escandaloso, indiscreto, negligente y, por lo general, irrelevante.

Los “diarios chicha” se separaron repentinamente del cotidiano humor chabacano de entretenimiento para introducirse en un enmarañado político, sin precedentes en la historia de la prensa nacional. Fue así como durante el Gobierno de Alberto Fujimori (1990-2000), se utilizó a un grupo de diarios chicha para levantar la imagen y favorecer las obras del entonces presidente, creando caos y confusión entre la opinión pública. Como se comprobaría posteriormente, Fujimori y su exasesor Vladimiro Montesinos subvencionaron y pagaron grandes cifras de dinero a los dueños de estos diarios con el fin de difamar en primeras planas a todo aquel que representara la oposición. Las noticias que aparecían a diario eran nada menos que un *show circus*. (Cappellini, 2004, p. 35)

Recientemente, el expresidente del Congreso, Luis Galarreta, intentó hacer un boicot al convocar a través de medios de comunicación. Si bien es cierto que dicho complot no fue más que una convocatoria sin respuesta por parte de la ciudadanía, pues no se vio una afectación a la revista *Caretas*, lo preocupante es que la convocatoria se realizó desde la investidura del presidente del Congreso. Dicho acto, aunque no puede ser comparable con la toma de los medios de prensa durante gobiernos militares o dictatoriales, igual demuestra que existen amenazas contrarias a la protección del derecho

fundamental de la libertad de expresión desde poderes estatales importantes, entre estos, el legislativo¹⁴.

Como se expresó páginas arriba, hay una simbiosis entre la libertad de expresión y la democracia, pues ambas son necesarias para su subsistencia. La confrontación de ideas y la libertad de crítica son señas de identidad de un régimen democrático. Asimismo, dentro de esta libertad hay una serie de otros derechos que se sostienen, como el derecho a la libertad religiosa, ideológica, de cátedra, de reunión, de representación política y de sufragio. Por ello, en un país que recién inicia un periodo “ininterrumpido” de democracias, después de casi 200 años de independencia, es legítimo garantizar la libertad de expresión como fundamento democrático desde la justicia constitucional. En ese sentido, se procede a desarrollar la ponderación.

a. Subexamen de adecuación o idoneidad

Con respecto a este, se analiza si lo que se persigue –defender el derecho a la libertad de expresión en el caso de la columna *Reporte desde el baño de damas*– es una finalidad constitucional, y si la restricción que se propone –que la Sra. Chacón deba tolerar que se le describa como una “putita francesa” en la columna de León– contribuye a la protección del derecho a la libertad de expresión. Frente al análisis, se debe responder la siguiente pregunta: ¿Es constitucional proteger el derecho a la libertad de expresión del periodista Rafael León, e imponer a la Sra. Chacón que tolere ser llamada “putita francesa”?

Como se señaló, la libertad de expresión es uno de los fundamentos principales de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y su desarrollo individual (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1986). Asimismo, debe considerarse que Chacón era congresista de la república cuando la columna fue publicada; y, como se observó en el caso *Lingens vs. Austria*, los límites de la crítica son más amplios cuando se trata de un político. Esta fórmula se repite en el caso *Hustler vs. Falwell*.

¹⁴ Otro ejemplo más cercano es la denuncia realizada por el periodista Renzo Mazzei, exgerente de prensa del Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú (IRTP), que señaló que recibió una llamada de un “colaborador de confianza” de Manuel Merino, quien solicitó que se dejaran de transmitir las movilizaciones en contra de la vacancia presidencial llevada a cabo en noviembre de 2020 (Gestión, 2020).

Sin embargo, aunque queda claro que los límites son más amplios cuando se trata de políticos debido a la relevancia pública que estos tienen y la importancia de sus funciones dentro del ejercicio y el mantenimiento de un régimen democrático, ello no significa que haya una ausencia de límites; aun así, solo se expresan opiniones, las cuales no pueden estar sujetas a un test de veracidad. En ese orden de ideas, el límite más claro expuesto desde la doctrina y trasladado a la jurisprudencia se evidencia en el caso de Makoki, este es, el *clear and present danger*, bajo el cual debe analizarse, según lo expresado por el juez Holmes, si el uso de las palabras se da de una forma que recrea un peligro cierto e inminente. Así, el uso del adjetivo “putita francesa” por parte de León, si se analiza este caso en particular, demuestra que sí hay una afectación directa contra Chacón. Los siguientes son los adjetivos utilizados a lo largo de la columna.

Partido político	Congresista	Apodo satírico
Fuerza Popular	Luz Salgado	Luz Lomo Saltado
Fuerza Popular	Cecilia Chacón	La Chaconcha - Putita francesa
Fuerza Popular	Rosa Bartra	Muñeca de Migajón
Fuerza Popular	Karina Beteta	Miraseno
Fuerza Popular	Tamar Arimborgo	La Potobotgo
Fuerza Popular	Héctor Becerril	Imbecerril
Fuerza Popular	Luis Galarreta	Cagarruta
Fuerza Popular	Daniel Salaverri	Salaburro
Fuerza Popular	Betty Ananculí	Anaculo

Tabla 7.2: Adjetivos

Hay un juego del autor con los apellidos de los entonces congresistas, este consiste en modificarlos o unirlos a otras palabras que riman o se parecen, de manera jocosa, a fin de hacerlos quedar en ridículo; esto es lo que sucede con Chacón, quien fue denominada como “la Chaconcha”. Así, se persiste en promover la burla a partir de los apellidos de este grupo de congresistas del partido político Fuerza Popular; no obstante, a diferencia de los otros personajes, a Chacón se le menciona también como una “putita francesa”. Con ello, se rompe el juego de los apellidos y palabras para construir rimas o símiles y, en contraposición, se apela a un insulto directo.

Por tanto, el quiebre entre el primer método de sátira (rimas y símiles) y el segundo, que apela a un insulto directo, se debe a que este no persigue un fin constitucional, pues la restricción que se ejecuta por encima del derecho al honor de la Sra. Chacón supone tolerar no solo un uso de la sátira, que puede resultar ofensivo, sino un insulto sin mayor vocación de trascendencia. Como lo expresó Frye, teórico y crítico

literario, “el ataque sin humor, o reprobación pura, constituye uno de los límites de la sátira” (Frye, 1977, p. 5).

Igualmente, analizado este punto desde la perspectiva del pluralismo democrático, si bien es cierto que la columna demuestra que el autor quiere hacer hincapié con respecto a un grupo específico de congresistas que pertenecen a un mismo partido, con lo que se busca promover el debate público alrededor de la idoneidad de estos para ejercer tales cargos, el autor también ha demostrado que para ello basta con el juego burlesco de sus apellidos. Así, no es necesario apelar a insultos directos que promueven una afectación al honor de la persona aludida.

Según lo que expresó el juez Holmes, es posible restringir el derecho a la libertad de expresión únicamente en los casos donde se considere que la opinión vertida puede crear un peligro claro e inminente de un mal sustancial, el cual el Estado, en el ejercicio de sus funciones, tiene la obligación de prevenir (Arias, 2018).

De igual forma, si se considera la doctrina elaborada con respecto al *hate speech*, la ofensa utilizada en la columna satírica –“putita francesa”– es un insulto discriminatorio en contra de una minoría política –las mujeres– que refuerza los estereotipos de subordinación social. Aunque no toda expresión vinculada al *hate speech* es susceptible de ser prohibida, en este caso, las expresiones vertidas son especialmente dañinas porque permiten la persistencia de una lógica histórica de exclusión y discriminación contra la mujer por el solo hecho de serlo.

Así las cosas, el Estado peruano tiene una especial obligación de prevenir y proteger la violencia en contra de las mujeres. Por ello, ya se creó y promulgó la Ley No. 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. Igualmente, cabe resaltar que Perú ha firmado y ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

b. Subexamen de necesidad

Como se mencionó, en esta etapa se analiza la relación medio-medio, donde, de existir medios alternativos menos gravosos para el derecho o fin restringido, se deben preferir estos. El medio adoptado es la restricción del derecho al honor de Chacón, con lo

que esta debe tolerar ser llamada “putita francesa” en la columna *Reporte desde el baño de damas*. Con respecto a esto, se debe examinar si hay otros medios menos lesivos.

Ahora, dado que la columna ya fue publicada y leída, probablemente de manera masiva, es difícil buscar una medida menos gravosa hacia el derecho al honor de Chacón. En otras palabras, no se puede solicitar una modificación del adjetivo, pues dicha “fe de erratas” volvería a exponer lo sucedido, lo cual puede terminar en una revictimización de la persona afectada; en suma, la medida no sería ni menos gravosa ni más idónea. En ese orden de ideas, bien se podría interferir el derecho a la libertad de expresión del autor de la columna con la solicitud para modificar el adjetivo utilizado en contra Chacón; sin embargo, dicha interferencia no resultaría menos gravosa, pues la revictimización de quien presentó la querrela en primera instancia terminaría por afectar aún más su derecho al honor.

7.2.2 Análisis de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto

Finalmente, a través del test de proporcionalidad en sentido estricto, se busca establecer la importancia de los principios constitucionales en conflicto. Es aquí donde se materializa lo expresado por Alexy en cuanto a la “ley de la ponderación”: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro” (Alexy, 2019, p. 6). Para este caso en concreto, ello se entendería así: cuanto mayor sea la afectación al derecho al honor, mayor debe ser el grado de satisfacción de los objetivos constitucionales del derecho a la libertad de expresión.

Para llevar a cabo este ejercicio, como se mostró en el cuadro realizado por el profesor Grández, se elige una escala trídica que se basa en tres grados o niveles de afectación en el ámbito del derecho al honor –grave, medio y leve– vs. tres grados o niveles de satisfacción en el ámbito del derecho a la libertad de expresión –alto, medio y bajo–. Así las cosas, la afectación del derecho al honor en este caso particular ha sido catalogada como una intervención media; y, por otro lado, la satisfacción de garantizar el derecho a la libertad de expresión ha sido catalogada como baja. Para dar respuesta a esto, se deben responder las siguientes preguntas: ¿Por qué se considera que la afectación del derecho al honor es media y no intensa o leve? ¿Por qué es considerada la satisfacción de proteger el derecho a la libertad de expresión baja y no media o alta?

Como respuesta a la primera pregunta, se argumenta que la afectación del derecho al honor es media en tanto que se vulneraría el derecho al honor de quien fuera una congresista de la república. Por eso, la afectación no es considerada alta, puesto que, como se vio en el caso *Eon vs. Francia*, o *Lingens vs. Austria*, los políticos deben tener una mayor tolerancia frente a las críticas sociales en sus diferentes manifestaciones. Asimismo, esta forma de compartimentar a las personas para analizar en qué casos el umbral de protección de la intimidad y la imagen debe ser mayor o menor puede evidenciarse en el caso *Curtis Publishing Co. vs. Butts*, donde la corte resolvió, en resumen, lo siguiente:

- Servidor público - funcionario público - umbral de protección (intimidad e imagen) bajo - está sujeto a la crítica y al escrutinio público.
- Persona con proyección pública - figura pública - umbral de protección (intimidad e imagen) medio.
- Persona sin proyección pública - umbral de protección (intimidad e imagen) alto (*Curtis Publishing, Co. vs. Butts*, 1967).

Por ello, la afectación del derecho al honor de la Sra. Chacón, quien era una servidora pública (congresista), es considerada como media. Por el contrario, de haber sido una persona sin proyección pública, la afectación habría sido grave.

Finalmente, la afectación no es leve, puesto que, como se ha analizado, la frase “putita francesa”, aunque se encuentra inmersa dentro de una columna de opinión claramente satírica, rompe con la forma en la que la sátira se ejerce en esta; esto se da a través de un juego de palabras ofensivas, pero que hacen alusión a los apellidos de los políticos. De otra parte, en el caso de Chacón, se le denominó “putita francesa”, con lo que se deja de lado la fórmula satírica del autor y se expresa un insulto directo que va en contra de las leyes y convenciones internacionales que tienen por objeto luchar contra la violencia hacia la mujer, un grupo vulnerable de especial relevancia. Así, esto encasilla al insulto dentro de la lógica del *hate speech*, pues se ataca a una persona por su género; ello termina por consolidar una estructura de desigualdad social en contra de las mujeres, lo que a su vez afecta no solo el honor de la persona insultada sino la participación de las mujeres en la vida política.

En ese orden de ideas, aunque la sátira busca poner en tela de juicio ciertos aspectos de la realidad social, la cual no está sujeta a la *exceptio veritatis* como

consecuencia de su contenido altamente personal y no informativo y a través de la exageración y la ofensa, esta también tiene ciertos límites. Estos se observan en casos como los de Makoki, donde el lenguaje representa un peligro cierto e inminente en contra de un grupo humano; en aquel caso, las personas que practican el judaísmo. Así, en ese caso, el ejercicio de la libertad de expresión se limita, porque no se encuentra dentro del umbral de protección del derecho por incitar un discurso de odio que pone en peligro a un grupo determinado.

De igual manera, el insulto “putita francesa” no solo deja de lado el juego satírico que el autor ejecuta a partir del uso de los apellidos de los demás congresistas, sino que el propio apelativo supone un insulto que persiste en la lógica de la violencia y la denigración de la mujer; por ello, no se comprende dentro de los límites del derecho a la libertad de expresión y, en este caso específico, a la ofensa. Esto se debe, sobre todo, a que ni siquiera cumple con la finalidad de la tesis de la posición preferente a la libertad de expresión, la cual supone que se debe defender de manera predominante dicha garantía de las personas, siempre que se haga para fomentar y robustecer el debate público, de manera que promueva la defensa por el régimen democrático. Como lo describieron en la revista Pikara Magazine, la cual tiene por objetivo realizar periodismo con perspectiva feminista y con un enfoque de género, la palabra “puta” es: “[...] la palabra más ofensiva y demoleadora, y no tiene equivalente masculino. No se refiere solo al trabajo sexual: se utiliza para castigar a las mujeres que toman libremente decisiones sobre sus cuerpos, sobre sus vidas” (Pikara Magazine, 2016, párr. 8).

Así las cosas, la denominación “putita francesa” supone un ataque contra el género de la persona, la cual denota desprecio. Con ello, no solo no se promueve el debate libre y desinhibido en favor de la democracia, sino que se respalda un insulto que rompe con la igualdad entre las personas que propone la democracia. Igualmente, las ofensas dentro de géneros subjetivos, como la sátira, están permitidas según la doctrina y la jurisprudencia revisadas en capítulos anteriores; esto, con base en la tesis de la posición preferente a la libertad de expresión, siempre que a través de esta herramienta –la sátira– se cumpla con la finalidad de promover el debate público.

En ese sentido, en la sentencia correspondiente al caso Segundo Alejandro Carrascal vs. Víctor Manuel Feria se estableció lo siguiente: “las críticas ásperas, casuísticas o ataques incisivos y poco gratos son necesariamente tolerables para afianzar

la libertad de opinión y garantizar un debate público sobre asuntos de interés local en el manejo de las instituciones del Estado” (Víctor Manuel Ferial c. Segundo Alejandro Carrascal, 2010). Otro caso donde se evidencia que la doctrina de la posición preferente a la libertad de expresión no prospera es el de Preysler, pues la ausencia de una finalidad democratizadora de la noticia hace que no sea protegido el derecho a la libertad de expresión.

Por otro lado, los demás congresistas que se encuentran en la columna *Reporte desde el baño de damas* son mencionados de manera jovial a través de la satirización de sus apellidos, no con insultos directos que carecen de un ejercicio mínimo de ingenio del autor. Además, se trata de un juego de palabras que involucra a todos los congresistas nombrados.

Partido político	Congresista
Fuerza Popular	Luz Salgado
Fuerza Popular	Cecilia Chacón
Fuerza Popular	Rosa Bartra
Fuerza Popular	Karina Beteta
Fuerza Popular	Tamar Arimborgo
Fuerza Popular	Héctor Becerril
Fuerza Popular	Luis Galarreta
Fuerza Popular	Daniel Salaverry
Fuerza Popular	Betty Ananculí

Tabla 7.3: Congresistas - Fuerza Popular

Los anteriores pertenecen a un mismo partido político, Fuerza Popular, y todos, al momento de ser publicada la columna en cuestión, eran congresistas de la república, en representación de un partido político inmerso en constantes investigaciones por temas de corrupción y otros delitos, cuyos dos líderes estaban encarcelados o eran investigados (Alberto y Keiko Fujimori, respectivamente). Así, puede entreverse la finalidad del autor al querer generar un debate en favor de la democracia.

Por otro lado, este partido ha tenido una especial relevancia para la vida y la salud democrática del país, dado que, con el inicio del nuevo gobierno en el 2016, Keiko Fujimori expresó que gobernarían (Fuerza Popular) desde el legislativo. Esto dio a entender que constituirían una fuerte oposición contra el ejecutivo, oposición que se ha visto a lo largo de tres presidentes legítimos y uno debatiblemente ilegítimo, todos en un

mismo periodo presidencial. Igualmente, todos los congresistas expuestos han sido investigados o sentenciados por corrupción u otros delitos¹⁵.

-
- ¹⁵Karina Beteta: fue procesada en el 2009 tras ser vinculada en un caso de lavado de activos procedente del narcotráfico.
 - Betty Ananculi: ha sido investigada por mentir en su hoja de vida luego de que se conocieran irregularidades en cuanto a los años en los que estudió en el colegio.
 - Luz Salgado: esta congresista es la legisladora con más tiempo en el Congreso. Fue elegida por primera vez en 1992. Su primer escándalo se dio cuando se ventiló el “vladivideo”, donde buscan convencer a Alex Kouri de presentarse contra Alberto Andrade para la candidatura a la alcaldía de Lima. En el 2001 fue acusada por el Gobierno de Alejandro Toledo de infracción a la Constitución, con lo que fue inhabilitada por seis años. Aunque en febrero de 2017 fue absuelta, fue denunciada ante la Comisión de Ética del Congreso por la compra de computadoras valorizadas en 5 millones de soles; se pensó que podría haber un acto de enriquecimiento ilícito. Cabe recalcar que el presidente la Comisión de Ética, Segundo Tapia, era también un miembro del partido político Fuerza Popular. Por último, en diciembre de 2017, la mencionada comisión también decidió archivar la posibilidad de investigar a esta congresista por haber buscado impedir los allanamientos a los locales de Fuerza Popular. Es necesario indicar que dicha comisión mantenía en ese momento una mayoría de tal partido.
 - Cecilia Chacón: esta congresista también es controversial. El hermano de Chacón ha sido denunciado por contratar con el Estado, acto que está dentro de las prohibiciones que la Ley de Contrataciones Públicas dicta. Asimismo, en el año 2012, la primera Sala Penal Liquidadora la condenó por complicidad de enriquecimiento ilícito por un desbalance patrimonial de casi un millón de dólares. Sin embargo, como la acusación penal no fue llevada a cabo por el fiscal de la nación –requisito por ser funcionario público–, sino por un fiscal anticorrupción, se declaró la nulidad de la sentencia. Por otro lado, aún no era funcionaria pública cuando fue denunciada en el 2001; por ello, el procurador anticorrupción, Joel Segura, pidió la nulidad de esta absolución.
 - Héctor Becerril: fue denunciado por haber dirigido un violento desalojo cuando era jefe de seguridad e higiene ocupacional de la empresa agroindustrial Pomalca, en Chiclayo. En el año 2010, se le condenó a cuatro años de prisión suspendida y al pago de 4000 soles como reparación civil; sin embargo, Becerril fue absuelto en última instancia (RPP Noticias, 2017). En el 2018 fue denunciado por la Procuraduría Anticorrupción ante el despacho del fiscal de la nación por el presunto delito de tráfico de influencias (La República, 2018).
 - Luis Galarreta: este congresista, quien fue presidente del Congreso, es controversial, especialmente con temas que tienen que ver con la libertad de expresión. Por ejemplo, al ser cuestionado por la compra de televisores y frigobares, afirmó que se aprobaría una ley contra medios de comunicación “mermeleros”. Al respecto, otros congresistas como Guido Lombardi, Jorge del Castillo y Víctor Andrés García Belaunde dijeron que el presidente de un poder del Estado no puede dar respuestas amenazadoras contra los medios de comunicación (El Comercio, 2018). Asimismo, ha sido investigado por tener vínculos con Joaquín Ramírez, quien ha sido investigado por presunto lavado de activos. De igual manera, estos dos personajes,

Así las cosas, los nueve congresistas mencionados en la columna tienen denuncias, investigaciones y/o condenas por delitos como corrupción y narcotráfico; además, cabe considerar que el Tribunal Constitucional ha permitido, a través de su jurisprudencia, el recurso de agravio constitucional atípico. Esto, en cuanto a los delitos como el tráfico ilícito de drogas, el lavado de activos y el terrorismo, con base en la afectación de estos tienen contra el Estado de derecho y el régimen democrático. De esa forma, el hecho de que haya congresistas con denuncias, investigaciones e, incluso, condenas por haber cometido estos crímenes, es preocupante; ello, si se tiene en consideración su tarea en cuanto a defender la democracia. Ello no significa que no deba tenerse presente la presunción de la inocencia; sin embargo, se trata de funcionarios públicos que deben estar sujetos a un mayor escrutinio público.

En ese sentido, la columna abre el debate con respecto de la aptitud de estos congresistas. La sátira, que tiene como elemento principal la llegada al Perú de un personaje sumamente unido a lo “moral”, a lo “correcto”, al “pecado” y, por contraposición, a la “inocencia”, se vuelve una clara manifestación de la opinión con respecto a la idoneidad moral de recibir al papa Francisco y, como extensión, la pertinencia para ostentar el cargo de congresistas. Esto permite ver que las burlas, ofensas y quejas que se representan en la sátira no son aleatorias; todos son sujetos de relevancia pública que tienen una responsabilidad ineludible en cuanto al cuidado y la protección del régimen democrático. A partir de eso, el juego consiste en exponerlos como sujetos inmorales para recibir al papa; ello podría llevar a preguntarse si estos no son también sujetos inmorales para ejercer el cargo de congresistas.

No obstante, todo ello fue realizado a través de un lenguaje que, si bien critica a los congresistas, no los insulta como ocurrió con Chacón, a quien se le denominó “putita

quienes eran integrantes de la Comisión de Economía del Congreso, se opusieron al Proyecto de Ley 784/2011-CR, que daba a la Unidad de Inteligencia Financiera la facultad de levantar el secreto bancario a las personas investigadas por lavado de activos (La República, 2016).

- Tamar Arimburgo: aunque no tiene denuncias, fue una congresista bastante polémica al impulsar movimientos como el colectivo Con mis hijos no te metas y proferir frases en cuanto a que las políticas públicas con enfoque de género causan cáncer y SIDA (Canal N, 2019).
- Daniel Salaverry: fue denunciado por la comisión de delitos como peculado y falsedad ideológica, cometidos durante el año 2017 (Portal del Congreso de la República, 2021).
- Rosa Bartra: podría ser procesada por encubrimiento debido a una serie de blindajes en la Comisión Lava Jato (Diario Uno, 2019).

francesa”. En conclusión, el autor utiliza un lenguaje violento e insultante basado en el género de la persona, lo cual, a) va en contra de la lucha para eliminar la violencia en contra de las mujeres, b) no cumple con el robustecimiento del debate público en favor de la democracia y c) configura una forma de *hate speech*. Por tanto, en este caso concreto, la restricción en favor del derecho a la libertad de expresión del autor (que la Sra. Chacón soporte ser señalada como una “putita francesa”) supone una satisfacción baja en cuanto a la protección del derecho a la libertad de expresión. Asimismo, dado que esta sería una intervención media en relación con el derecho al honor de Chacón, se concluye que la medida resulta inconstitucional. Como se mostró en el cuadro de Grández, una intervención media vs. una satisfacción baja es una medida inconstitucional.

Finalmente, ello no supone que la frase “putita francesa” esté prohibida en toda sátira; esto debe ponderarse según el caso en cuestión, el cual debe ser analizado desde la perspectiva del pluralismo democrático y al considerar la doctrina del *clear and present danger* y los límites del discurso de odio.

7.3 ¿Puede existir un derecho a ofender?

Aun cuando la ponderación realizada termina por resolver que la defensa del derecho a la libertad de expresión a través del uso de ofensas en una sátira política es inconstitucional, ello no supone que no exista el derecho a la ofensa. Como se mencionó, en el caso de los demás congresistas sí se acepta el juego realizado por el autor; esto, mediante el uso de los apellidos para generar una sátira que interese al lector con respecto a la idoneidad moral de estos.

7.4 La justificación y el significado de los derechos implícitos

Para justificar la existencia de un derecho a la ofensa, se parte de que este no es un “nuevo” derecho, sino un contenido nuevo de un derecho viejo. Es importante hacer esta diferenciación, pues, si se considera que este es un derecho nuevo y autónomo, se puede buscar justificar la necesidad de incluirlo dentro del texto constitucional a partir del uso del artículo tercero de la Constitución, donde se establece lo siguiente:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo 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.

En ese sentido, si se parte del voto singular del magistrado, Eloy-Espinosa, en la Sentencia recaída en el expediente No. 0009-2018-PI/TC sobre el derecho a la protesta social para que un derecho no enumerado pueda ser reconocido a partir del artículo tercero del documento constitucional, este debe cumplir con las siguientes características:

- **Fundamentalidad:** vinculación directa con los principios mostrados en el artículo 3 de la Constitución: dignidad humana, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho y forma republicana de gobierno.
- **Especificidad:** deben especificarse las posiciones iusfundamentales amparadas por el derecho.
- **Conformidad constitucional:** el reconocimiento de un nuevo derecho no puede contravenir flagrantemente otros bienes constitucionales.
- **Excepcionalidad:** únicamente debe acudir al reconocimiento de nuevos derechos si antes no ha sido posible adscribir este contenido en otro derecho constitucional.

Asimismo, en la Sentencia recaída en el expediente No. 2488-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional expresó lo siguiente:

[...] Nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3°, una “enumeración abierta” de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno. Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado [...] de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. [...] [E]l Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente. El Tribunal Constitucional considera que, si bien detrás del derecho a la verdad se encuentran comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, este tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar. (Caso Genaro Villegas Namuche, 2004)

Bajo ese orden de ideas, el presente caso no es excepcional, no es especial o novísimo, pues el derecho del cual se habla, que es el derecho a la ofensa, no necesita ser reconocido como nuevo; este puede adscribirse al contenido que abarca el derecho a la

libertad de expresión. Así, después de aclarar que, debido al criterio de excepcionalidad, no corresponde crear un nuevo derecho, se debe adscribir el derecho a la ofensa como parte del derecho a la libertad de expresión; este, como opinión de esta tesis y la jurisprudencia estudiada, robustece la democracia. Por último, con respecto a la idea de que el derecho a la ofensa viene a ser un contenido nuevo de un derecho viejo, se parte de la sentencia recaída en el expediente Lucio Valentín Rosado Adanaque, emitido por el Tribunal Constitucional, donde se expresa lo siguiente:

Desde luego que la consideración de derechos no enumerados debe distinguirse de los "contenidos implícitos" de los "derechos viejos" [...]. Nuestra Constitución Política recoge en su artículo 3° una "enumeración abierta" de derechos, lo cual no obsta para pensar que, en ciertos derechos constitucionales explícitamente reconocidos, subyacen manifestaciones del derecho que antaño no habían sido consideradas. El Tribunal Constitucional considera que, en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos "no enumerados" y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. (Caso Lucio Valentín Rosado Adanaque, 2002)

Igualmente, el profesor Castillo (2008), en cuanto al reconocimiento de nuevos derechos o el redimensionamiento de nuevos contenidos en derechos viejos, formuló lo siguiente:

[...] Sí se ha reconocido como existente un determinado derecho humano con la finalidad de asegurar un determinado bien humano, y en la medida que la consecución de ese bien humano ocurre siempre en unas concretas circunstancias, entonces solo se requerirá de una determinada (suficiente) interpretación que tomando como base el derecho humano reconocido y las nuevas concretas circunstancias, se justifique (convenientemente) que esas nuevas circunstancias exigen reconocer una nueva facultad o una nueva posibilidad de posición jurídica del titular del derecho, es decir, un nuevo elemento al contenido jurídico de ese derecho humano preexistente. (p. 8)

Finalmente, y, aunque esta cita fue utilizada para argumentar en favor de los nuevos derechos, se considera que es un buen ejemplo para expresar la posibilidad del redimensionamiento de los derechos viejos o los nuevos contenidos de estos. En ese sentido, Bidart (1991) expresó en su teoría general de los derechos humanos:

[...] Los derechos que callo están en mí, no en mi letra, pero sí en mi espíritu, en mi ideología, en mi idea de derecho, en mi filosofía (a lo mejor también en mi historia). En suma: los albergo en el conjunto cultural que me insufla energía. Y nos está suministrando el camino para integrar

su carencia cuando debamos interpretar un derecho no enumerado expresamente en su catálogo.
(p. 1)

Así, a partir de lo expresado por los jueces en el caso Lucio Valentín, lo que tendría que demostrarse es que el derecho a la ofensa es una manifestación de un derecho más amplio, este es, el derecho a la libertad de expresión, el cual permite consolidar el respeto a la dignidad del hombre y fortalecer la democracia. A ello se le debe sumar lo expresado por el Tribunal en el caso Genaro Villegas Namuche, en la medida en que, aunque no se habla de un derecho nuevo, sí se argumenta a favor de un contenido nuevo de un derecho viejo, lo cual promueve un mayor respeto para los derechos del hombre en tanto que se fortalece la democracia y, por consiguiente, el Estado de derecho. En suma, la pregunta que queda es la siguiente: ¿Cómo promueve el derecho a la ofensa un mayor respeto para los derechos del hombre? ¿Cómo consolida el derecho a la ofensa el respeto por la dignidad del hombre?

Al respecto, se debe considerar que no existe un desarrollo pleno de la persona sin la comunicación. La naturaleza del hombre debe ser entendida desde, por lo menos, dos elementos: uno individual y uno social. Así, la dimensión social de la persona supone la necesidad de relacionarse con otras; y esta necesidad y capacidad de relacionarse exige que se reconozca la posibilidad de transmitir ideas, pensamientos y opiniones, y de expresarse en general. Asimismo, teniendo en cuenta la siguiente cita, la libertad de expresión importa en cuanto asegura la libertad de pensamiento:

[L]a historia del derecho a la libertad de expresión y de información puede ser descrita como el intento de justificar racionalmente la independencia intelectual del individuo respecto de una verdad preconcebida de carácter religioso, político o moral, cuya preservación ha estado tradicionalmente en manos del poder público: la iglesia y el Estado, fundamentalmente. (Saavedra, 2004 como se citó en Castillo, 2008, p. 8)

Así las cosas, la libertad de expresión permite la realización personal a través del reconocimiento de la autonomía individual. Es decir, a través de la libertad de expresión se reconoce la individualidad de cada ser humano y se da su libre desarrollo; en otras palabras, la libertad de expresión es uno de los derechos que concretizan la dignidad de la persona.

Por lo tanto, una primera respuesta a las preguntas planteadas se puede encontrar en los párrafos superiores; es decir, se tiene el derecho a la ofensa como contenido nuevo del derecho a la libertad de expresión, en tanto que el primero promueve un mayor respeto

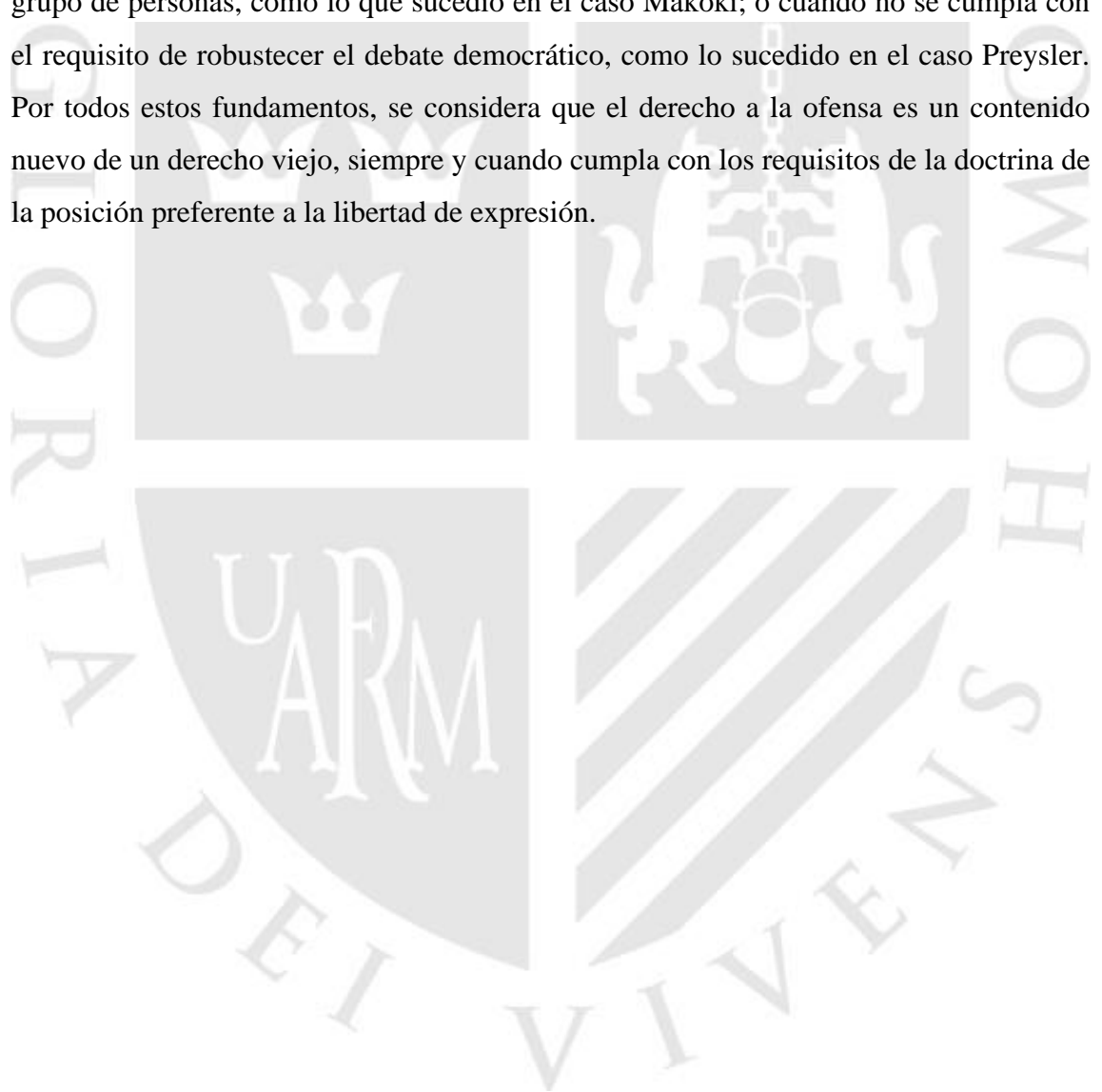
hacia los derechos fundamentales y la dignidad, pues concede a la persona reconocerse como un individuo autónomo. Asimismo, este posibilita la expresión y el desarrollo externo de los cánones sociales, por fuera de lo que pueda ser concebido como una verdad por los grupos de poder de un momento y espacio determinados. En otras palabras, este derecho permite “ofender” en cuanto a las verdades preconcebidas y consolidar una libertad más allá de la palabra escrita; sin embargo, este también debe entenderse dentro de un contexto democrático. En ese sentido, la posibilidad de ofender no puede ser tomada de manera totalitaria, sino que debe estar circunscrita a ciertos requisitos.

Una última respuesta para las preguntas realizadas se encuentra en la importancia de la libertad de expresión como presupuesto de un Estado democrático, ello incluye el derecho a la ofensa como contenido de la libertad de expresión. Así, este nuevo contenido de un derecho antiguo permite un mayor respeto hacia los derechos humanos en la medida en que fortalece la democracia y, con ello, el Estado constitucional de derecho.

Cabe tener en cuenta que la naturaleza humana tiene una dimensión social, por lo que la persona se desarrolla plenamente al convivir con otras; por ello la convivencia social en países como el Perú se ha organizado a través de un régimen político democrático que tiene por finalidad favorecer la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas, para que estas sean consideradas como un fin en sí mismo. En ese sentido, debe considerarse lo expuesto por el Tribunal Constitucional de España en la Sentencia No. 6/1981: “[...] sin una comunicación pública y libre, quedarían vaciados de contenido real todos los demás derechos que están consagrados en la Constitución.” (Caso Alfredo Feliu Corcuera, 1981). Entonces, la libertad de expresión es una garantía ineludible para que los demás derechos consagrados en la Constitución Política, la máxima norma dentro de las democracias actuales, puedan ejercerse a cabalidad. Sin ello, los demás derechos serían letra muerta.

A esto se le debe sumar la cita anterior, que relaciona la jurisprudencia más cercana en años, la cual ha evolucionado y se ha constituido como una doctrina de la posición preferente a la libertad de expresión. Esta señala que, en los casos de derecho a la ofensa en temas satíricos –por ejemplo, que una persona ofenda a otra–, esta ofensa debe estar protegida por el contenido del derecho a la libertad de expresión si y solo si esa ofensa es relevante para el debate público y la vida democrática.

En conclusión, el derecho a la ofensa se cobija bajo el umbral de la protección de la libertad de expresión a partir de la doctrina de la posición preferente, el cual tiene como requisito indispensable que la opinión emitida sea considerada relevante para el debate público y la defensa del régimen democrático. En contraste, se debe tener en cuenta la doctrina del *clear and present danger*, la cual limita a la doctrina anterior en aquellos casos donde lo expresado pueda suponer un peligro real e inminente contra un grupo de personas, como lo que sucedió en el caso Makoki; o cuando no se cumpla con el requisito de robustecer el debate democrático, como lo sucedido en el caso Preysler. Por todos estos fundamentos, se considera que el derecho a la ofensa es un contenido nuevo de un derecho viejo, siempre y cuando cumpla con los requisitos de la doctrina de la posición preferente a la libertad de expresión.



CONCLUSIONES

1. La afectación del derecho al honor en la señora Cecilia Chacón es inconstitucional. Considerando la escala tríadica utilizada, esta afectación en el caso concreto ha sido catalogada como una intervención media, en tanto que la afectada es una persona con proyección pública y el lenguaje utilizado por el periodista afecta de manera directa su honor y consolida una lógica de abuso contra una población vulnerable. Asimismo, la satisfacción de garantizar el derecho a la libertad de expresión ha sido catalogada como baja debido a que lo expuesto por el autor de la columna no robustece el debate público ni consolida el régimen democrático, sino todo lo contrario.
2. El derecho a la ofensa existe como el contenido nuevo de un derecho viejo, pero no debe positivizarse como una “regla” en el sentido de Alexy, sino que debe seguir tratándose como un “principio”, pues su contenido, dinámico y circunstancial, participa de naturaleza dúctil de la libertad de expresión y obliga a no encerrarlo en definiciones herméticas que deban de cumplirse en su totalidad o en lo absoluto, sin puntos medios. Entonces, el ejercicio válido de este derecho depende de las condiciones en las que se da, es decir, del contexto sociocultural al que responden las posibles ofensas.
3. La positivización del derecho a la ofensa va contra su propia naturaleza y entorpece el pluralismo social de una democracia contemporánea. Por estas razones, existe como un derecho social, vivo, vigente, a pesar de y con los cambios sociales.
4. El debate actual entre la sátira y el derecho a la ofensa como contenido del derecho a la libertad de expresión y sus límites frente al derecho al honor es ajeno a los contextos sociales del siglo XX e inicios del presente, cuando la comunicación pública estaba dominada por medios tradicionales, en especial en el caso de la imprenta.

5. La naturaleza de las sociedades actuales, tecnologizadas, supone acercarse a este conflicto, de modo que se entienda que los hábitos comunicativos se han transformado al pasar de lo impreso a lo digital y que, por tanto, el debate debe analizarse desde la perspectiva de una sociedad hipercomunicada, menos sensible a la procacidad, pues el habla cotidiana ha pasado del ámbito privado al público gracias a las redes sociales. Sin embargo, esto no implica que la “normalización” y la cotidianeidad de las ofensas a través del ejercicio del derecho a la libertad de expresión suponga dejar desamparado el derecho al honor.
6. En ese sentido, la posición preferente del derecho a la libertad de expresión, la doctrina del *clear and present danger*, así como las teorías normativas y fácticas del derecho al honor, originadas en el siglo XX, han sido construidas en un contexto comunicacional al que uno puede referirse como un contexto “impreso” y oligopólico, por el manejo de las revistas y periódicos físicos, así como de la televisión y la radio.
7. En una sociedad digital, hipercomunicada a través de las redes sociales, donde se permite publicar, recibir y producir opinión e información individual en todo momento, la libertad de expresión ha roto con fronteras y autores, por lo que ha trasladado la crudeza del lenguaje privado a la esfera pública: la ofensa, la violencia verbal y el *hate speech* se han convertido en circunstancias cotidianas que interpelan a esas doctrinas y a la jurisprudencia tradicionales. No obstante, este hecho no cambia la condición de esta libertad como herramienta sustancial para la construcción, el sostenimiento y la permanencia del régimen político democrático.

RECOMENDACIONES

Como último punto de la presente tesis, se busca aportar algunas recomendaciones sobre la protección del derecho a la libertad de expresión bajo la óptica de sociedades hipercomunicadas, sin desproteger el derecho al honor en esta nueva era. Así, al considerar que la libertad de expresión es imprescindible para la supervivencia de los regímenes democráticos, y en atención a que, en la opinión del autor, no debe positivizarse una norma o regla que permita saber cuándo una posible ofensa excede los límites de este principio/derecho que por su propia naturaleza es dúctil –dado que depende de un espacio, un tiempo determinado y un caso específico–, se debería abogar por una despenalización de los delitos contra el honor.

Actualmente, estos delitos –la injuria, la calumnia y la difamación– están penalizados entre los artículos 130 y 138 del Código Penal peruano. Dicha penalización está contemplada en la Constitución Política del Perú, específicamente en el segundo párrafo del inciso 4, artículo 2, el cual expresa que “los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social, se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común”. Sin embargo, la legislación penal actual debe circunscribirse a la realidad en la que se vive; así, en esta realidad convergen nuevas herramientas de comunicación que han trasladado el acto de la ofensa de algo extraordinario a una situación común mediante el discurso público. Igualmente, los debates en las redes sociales han normalizado una dinámica de discusiones más ofensivas. A raíz de esto, la protección penal del honor es constantemente criticada, pues hay quienes opinan que el derecho civil es un medio más idóneo para resolver cualquier conflicto que suponga una afectación al honor, como sostuvo el congresista De Belaunde (Redacción El Comercio, 2019).

A lo anterior, se le debe sumar que la judicialización de los casos por la vía penal de un delito que debe iniciarse mediante una querrela –es decir, por iniciativa propia– no es la ideal; esto, si se tiene en cuenta el nivel de hacinamiento carcelario. Según el informe de La Justicia en el Perú, realizado por Gaceta Jurídica en noviembre de 2015, la Sala

Penal Permanente tuvo un acumulado de 6174 expedientes (3097 de años anteriores y 3077 por nuevos ingresos) y mantuvo una productividad del 55 %. Por el contrario, la Sala Civil Permanente tuvo una carga procesal de 2091 casos en total, no arrastró expedientes de años anteriores y mantuvo una productividad del 98 %.

Igualmente, la Sala Penal Transitoria tuvo un ingreso de 3128 expedientes, los cuales se sumaron a otros 1379 existentes, con lo que se generó un total de 4507; y se mantuvo una productividad del 58 %, por lo que cada evidencia un crecimiento. Por el contrario, la Sala Civil Transitoria tuvo un total de 3303 casos, de los cuales 2280 fueron nuevos; y el resto, de años anteriores. Asimismo, su productividad fue del 73 %, lo cual permite ver que, por lo menos en las salas de la Corte Suprema, la carga procesal civil estuvo por debajo de la penal (Gaceta Jurídica, 2015).

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente No. 05436-2014-PHC/TC, emitida el 26 de mayo de 2020, declaró un Estado de cosas inconstitucional con respecto a la situación del hacinamiento penitenciario, así como las deficiencias generales en cuanto a infraestructura en las cárceles del país. De igual forma, en cuanto a este hacinamiento, el 27 de agosto de 2020, el jefe del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) informó que el porcentaje actual es de 122 % (Diario Gestión, 2020). Si esto se compara con el 140 % de hacinamiento que la Defensoría del Pueblo alertó en abril de 2020 (Defensoría del Pueblo, 2020), se evidencia una labor por deshacinar las cárceles; sin embargo, dicha reducción no basta para solucionar este problema estructural que involucra al sistema de justicia penal en general (judicial y carcelario) que ese encuentra sobrepasado. Además, el debate de la despenalización de los delitos contra el honor se fundamenta en el hecho de que esta regulación penal supone un límite prohibido para el ejercicio del derecho constitucional ante la libertad de expresión, especialmente dentro de una sociedad democrática.

Debemos despenalizar constitucional y legislativamente las infracciones denominadas contra el honor, y sustituir su procedimiento por uno de naturaleza civil que comience con un acto reconciliatorio, que, de no prosperar, conduciría a una audiencia sumarísima de pruebas. Si se demuestra una lesión moral, la sentencia debe censurar al responsable y disponer la publicación a su costa del fallo. Porque la tendencia doctrinaria moderna es la aceptación a la crítica, en particular a los funcionarios, por más casuística que sea. (Valle Riestra, 2009, p. 145)

En ese orden de ideas, se debe entender el significado del derecho penal para discutir la posibilidad de una despenalización de los delitos contra el honor. Así, el derecho penal para Mir Puig tiene la función de prever las sanciones más graves para evitar comportamientos especialmente peligrosos (Mir Puig, 2004). Con esto, puede considerarse que el derecho penal es un mecanismo de *ultima ratio*, lo que significa que solo se debe recurrir a este cuando no haya otro medio para regular la situación específica. Frente a todo esto, cabe considerar lo señalado por Palomino (2001) en la revista Derecho & Sociedad:

[...] Al momento de penalizar una conducta como, por ejemplo, determinados atentados contra el honor, se tenga que tomar en cuenta principios básicos del derecho penal como son el de subsidiariedad (solo se acude al derecho penal cuando han fallado los demás controles sociales) y el de fragmentariedad (no se castigan todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad). (Palomino, 2011; Palomino, 2011; Palomino, 2011)

A esto se debe sumar el hecho de que en el Perú hay un abuso de la prisión preventiva, pues aproximadamente el 36,44 % de la población penitenciaria que se encuentra reclusa lo está por una situación de prisión preventiva y no por una sentencia firme (Polemos Portal Jurídico Interdisciplinario, 2020). Asimismo, como lo expresó la abogada Karin Fernández, la regla sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva está cediendo más espacio a un uso indiscriminado de esta; esto, como consecuencia de la no aplicación de los presupuestos previstos en el artículo No. 268 del Nuevo Código Procesal Penal (Fernández, 2019). Ello significa que la utilización del derecho penal como herramienta para proteger el derecho al honor supone una limitación para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la ofensa, según sea el caso, pues el temor de ser recluso sin una sentencia es un desincentivo latente.

Ahora, en contraposición a lo mencionado al inicio sobre la necesidad de despenalización de los delitos contra el honor, deben considerarse los argumentos constitucionales que permitieron incluir la penalización de estos delitos dentro de la Constitución. Dicha facultad se otorgó en tanto que el derecho al honor posibilita la participación de los ciudadanos en los sistemas sociales; en ese sentido, se dio una importancia al honor, de modo que la afectación de este pudiera ser protegida mediante el sistema penal. No obstante, esta protección no es un permiso para la protección de cualquier modo o forma (Palomino, 2011).

Sobre la despenalización de los delitos contra el honor, el ejemplo más cercano está en el Proyecto de Ley No. 4184/2018-CR, el cual establece los procedimientos civiles de rectificación y de sanción de las infracciones contra el honor; este fue presentado el 10 de abril de 2019 por los integrantes del Grupo Parlamentario Bancada Liberal, por iniciativa de los congresistas Gino Costa, Alberto De Belaunde, Francisco Petrozzi y Guido Lombardi. En la exposición de motivos, los congresistas expusieron que el proyecto de ley era consecuencia de la inadecuada regulación de los delitos contra el honor en el Perú.

En ese mismo orden de ideas, las penalizaciones de los delitos contra el honor causan que la libertad de prensa se vea mermada, pues el mal uso de este “remedio” legal suele intimidar a los periodistas: al 2020, según la información del Instituto Prensa y Sociedad (IPYS), el Perú ocupaba el puesto 90 de 180 en cuanto al índice de libertad de prensa. El Perú cayó del puesto 85 en el 2019 al 90 en el 2020, y esta es una situación problemática; según el último *ranking* sobre la libertad de prensa de Reporteros Sin Fronteras, la principal amenaza para los periodistas peruanos son las demandas por difamación a consecuencia de una legislación desfavorable que los intimida (Instituto de Prensa y Sociedad IPYS, 2020).

En ese sentido, la protección penal del honor se convierte en una limitación para el ejercicio de la libertad de expresión. No se aboga por una desregulación del derecho a la libertad de expresión ni una desprotección normativa del derecho al honor, sino por modificar la forma en que el honor se protege a través de la privación de la libertad personal, que no es un mecanismo idóneo y proporcional. Así, al analizar la situación medio-fin, donde el medio es el derecho penal y el fin es la protección del derecho al honor, se plantea modificar el medio a uno menos lesivo, pero que lleve a un mismo fin. De esta forma, la relatoría especial para la libertad de expresión ha expresado lo siguiente con respecto a la despenalización de los delitos contra el honor:

[...] El encarcelamiento de personas que buscan, reciben y difunden información e ideas rara vez puede justificarse como medida proporcional para cumplir una de las metas legítimas previstas en el artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El relator especial desea repetir que la difamación debe despenalizarse. (La Rue, 2011, p. 1)

Igualmente, hay que considerar lo expuesto por el informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la cual se expresa lo siguiente:

La protección especial que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. Ello es especialmente así teniendo en cuenta la función dominante del Gobierno en la sociedad y, particularmente, donde se dispone de otros medios para responder a ataques injustificados mediante el acceso del Gobierno a los medios de difusión o mediante acciones civiles individuales por difamación y calumnia. Toda crítica que no se relacione con el cargo del funcionario puede estar sujeta, como ocurre en el caso de todo particular, a acciones civiles por difamación y calumnia. En este sentido, el encausamiento por parte del Gobierno de una persona que critica a un funcionario público que actúa en carácter oficial no satisface los requisitos del artículo 13.2 porque se puede concebir la protección del honor en este contexto sin restringir la crítica a la administración pública. En tal sentido, estas leyes constituyen también un medio injustificado de limitar el derecho de expresión que ya está restringido por la legislación que puede invocar toda persona, independientemente de su condición [...]. En conclusión, la comisión entiende que el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1995)

La penalización de los delitos contra el honor es contraria a los objetivos de una sociedad democrática, donde el debate público es esencia indispensable de esta. Por ello, una solución es la que se desprende de lo expuesto por Javier Valle Riestra, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el citado proyecto de ley del año 2019: que los delitos contra el honor pasen a ser regulados como infracciones por el derecho civil, a partir de acciones civiles que permitan llevar a cabo un proceso de rectificación; en caso de que se resuelva que ha ocurrido una afectación, se debe estipular una sanción económica para resarcir los daños ocasionados. Asimismo, la consecuencia pecuniaria al sentenciarse al demandado como culpable debe estar sujeta a ciertos límites; por ejemplo, dependiendo del patrimonio económico de este. En caso contrario, un elevado pago podría ser otra forma indirecta de afectar el ejercicio de la libertad de expresión.

De este modo, se protegería el derecho al honor contra cualquier afectación ilegal que pueda ejercerse en contra de este; ello, considerando las nuevas formas de comunicación que han nacido con los avances tecnológicos y, por tanto, de una manera que no afecte desproporcionalmente el derecho a la libertad de expresión. Con esto,

también se protegería el debate público, el régimen democrático y el derecho al honor de las personas bajo las exigencias del siglo XXI.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aarnio, A. (2000). *Reglas y principios en el razonamiento Jurídico*. Universidad de Coruña.
- Abrams vs. Unites States, 250 U.S. 616 (Corte Suprema de los Estados Unidos de América 23 de Octubre de 1919).
- Acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y cuatro Congresistas de la República contra los artículos 1°, 2°, 3°, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26285, 0005-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 3 de Octubre de 2003).
- Aguiló, J. (2009). Imparcialidad y concepciones del derecho. *Jurídicas*, 6(2), 28-34.
- Alexy, R. (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. <https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-sistema-juridico-principios-juridicos-y-razon-practica>
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Palestra.
- Álvarez, M. (2016). *El Humor Gráfico y su Mecanismo Trasgresor*. Antonio Machado.
- Apolonia Ccolleca Ponce, Expediente No. 3179-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 18 de Febrero de 2005).
- Arias, A. (2018). *Clear and present danger test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*. Marcial Pons.

- Atienza, M. (s.f.). *Ponderación y sentido común jurídico*.
<https://dfddip.ua.es/es/documentos/ponderacion-y-sentido-comun.pdf?noCache=1415615082659>
- Atienza, M., & Ruiz, J. (2007). *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel.
- Berdugo, I. (1993). Revisión del contenido del bien jurídico honor. *Temas de Derecho penal*, 249. DOI: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46253>.
- Bidart, G. (1989). *Teoría general de los derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México .
- Bonorino, P. (2015). El derecho como interpretación. La teoría dworkiniana del Derecho. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1, 279-290.
- Cabut, J. (2006). *Charlie Hebdo Es difícil ser amado por idiotas*. s/e.
- Canal N. (2019). *Tamar Arimburgo: las polémicas frases de la presidenta de la Comisión de Educación*. <https://canaln.pe/actualidad/tamar-arimburgo-polemicas-frases-presidenta-comision-educacion-n383886>
- Capellini, M. (2004). La prensa "chicha" en Perú. *Revista Latinoamericana de comunicación CHASQUI*, DOI: <https://doi.org/10.16921/chasqui.v0i88.282>.
- Cappellini, M. (2004). La Prensa Chicha en el Perú. *Revista Latinoamericana de Comunicación CHASQUI*, 88, 32-34. DOI: <https://doi.org/10.16921/chasqui.v0i88.282>.
- Caruso, M. (2008). *El delito de calumnias y la protección del honor*. Tirant editorial.
- Casas, R. (2009). La prensa chicha: un análisis cognitivo. *Letras*, 63-80. DOI: <https://doi.org/10.30920/letras.80.115.6>.
- Caso Jorge Octavio Ronald Barreto Herrera c. Diario La República, Casación No. 1100-2016 (Corte Suprema de Justicia Sala Civil Permanente 16 de Marzo de 2017).
- Caso Makoki, Sentencia No. 176/1995 (Tribunal Constitucional de España 11 de Diciembre de 1995).
- Caso Joaquín Estefanía Moreira, Sentencia No. 192/1999 (Tribunal Constitucional de España 30 de Noviembre de 1999).

Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Caso No. Serie C No. 54; Serie C No. 74; Serie C No. 84 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 4 de Septiembre de 2001).

Caso La Última Tentación de Cristo, Caso No. Serie C No. 73 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de Febrero de 2001).

Caso sobre legislación contra el terrorismo - Marcelino Tineo Silva y más de 5 mil ciudadanos, 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 3 de Enero de 2003).

Caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 3 de la Ley 27466, 045-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 29 de Octubre de 2005).

Caso Calle las Pizzas, 007-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 22 de Junio de 2007).

Caso 5186 ciudadanos c. Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, 003-2005-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 9 de Agosto de 2006).

Caso Arnaldo Ramón Moulet Guerra, Expediente No. 1970-2008-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 30 de Mayo de 2011).

Caso Preysler, Sentencia No. 23/2010 (Tribunal Constitucional de España 27 de Mayo de 2010).

Castillo, L. (2008). *Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos*. Universidad de Piura: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2125/Justificacion_significacion_derechos_constitucionales_implicitos.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Chacón, C. (2017). *El Comercio: La hora primitiva*. <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/hora-primitiva-cecilia-chacon-noticia-466196-noticia/>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1995). *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la convención americana sobre derechos humanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y más de 5 mil ciudadanos c/ el Congreso de la República, 00050-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 9 de Marzo de 2005).
- Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República, Expediente No. 0007-2007-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 19 de Junio de 2007).
- Constitución Política del Perú. (1993). *Constitución Política del Perú*. Lima: Grijley.
- Coronel, M. (2002). *El Tiempo Satírico*. Universidad de Valencia.
- Curtis Publishing, Co. vs. Butts, 388, U.S. 130, 154 (Corte Suprema de Estados Unidos 12 de Junio de 1967).
- De Carreras, F. (1990). *Libertad de expresión*. Universidad Autónoma de Barcelona.
- De Mayolo, A. (2014). "*Yo esto lo encuentro divertido*" : *estrategias satíricas en manual del perfecto deportado de Luis Felipe Angell, Sofocleto*. Universidad Pontificia Católica del Perú.
- De Toro, F. (2012). La sátira y el humor político durante el Tercer Reich. *Diacrone. Studi di Storia Contemporanea*, DOI: <https://doi.org/10.4000/diacronie.2655>.
- Defensoría del Pueblo. (2020). *Informe especial: Situación de las personas privadas de libertad a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria*. Defensoría del Pueblo.
- Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información, Acuerdo Plenario No. 3-2006/CJ-116 (Corte Suprema de Justicia de la República - Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias 13 de Octubre de 2006).
- Dertilis, G. (1998). *Sátira, ironía y discurso político*. s/e.
- Diario Gestión. (2020). *Sistema penitenciario registra 122% de hacinamiento pese a medidas para liberar las cárceles*. <https://gestion.pe/peru/sistema-penitenciario-registra-122-de-hacinamiento-pese-a-medidas-para-liberar-las-carceles-nndc-noticia/>

- Diario Uno. (2019). *Rosa Bartra sería procesada por encubrimiento*.
<https://www.idl.org.pe/rosa-bartra-seria-procesada-por-encubrimiento-diario-uno/>
- Díaz, J. (2008). La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional. *Quid Iuris*, 8-16.
- Echevarría, I. (2015). *La gala del PEN y el Derecho a ofender*. El Cultural:
<https://elcultural.com/La-gala-del-PEN-y-el-derecho-a-ofender>
- El Comercio. (2017). *El Comercio: Galarreta sobre Rafo León: “Tomaremos acciones legales como corresponden”*. <https://elcomercio.pe/politica/luis-lalarreta-rafo-leon-tomaremos-acciones-legales-noticia-466109-noticia/>
- Eon c. Francia, Sentencia No. TEDH 2013. 31 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 14 de Marzo de 2013).
- Espinoza, J. (2015). El Derecho a la Libertad de Expresión contra el Derecho a la Libertad Religiosa ¿Existe un Derecho blasfemar? A propósito del caso de la revista Charlie Hebdo. *Lex - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 85-110. DOI: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5157761>.
- Fernández, K. (2019). *¿Se puede evitar el uso y abuso de la prisión preventiva?* Forseti Revista de Derecho: <http://forseti.pe/periodico/articulos/se-puede-evitar-el-uso-y-abuso-de-la-prision-preventiva/>
- Fiss, O. (1996). *Liberalism divided. Freedom of speech and the many uses of state power*. Westview Press.
- Freud, S. (1905). *El chiste y su relación con lo inconsciente*. Amorrortu editores.
- Frye, N. (1977). *Anatomía de la crítica. Cuatro ensayos*. Monte Avila.
- Fuentes, J. (2007). El bien jurídico "honor". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 407-456.
- Fundación para el Progreso. (2018). *Axel Kaiser | Derecho a ofender*. YouTube:
<https://www.youtube.com/watch?v=VrV8qaRYSdw>
- Gaceta Jurídica. (2015). *La Justicia en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Galván, C. (2019). *Ley que regula la utilización indebida de redes sociales*. Congreso de la República:
http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0427520190503..pdf
- Gestión. (2020). *Denuncian que Gobierno de Merino intenta censurar cobertura de protestas*. <https://gestion.pe/peru/politica/denuncian-que-gobierno-de-merino-intenta-censurar-cobertura-de-protestas-noticia/>
- González, M. (2010). Las funciones del insulto en debates políticos televisados. *Discurso y Sociedad*, 4(4), 829-835. DOI:
[http://www.dissoc.org/ediciones/v04n04/DS4\(4\)Gonzalez.pdf](http://www.dissoc.org/ediciones/v04n04/DS4(4)Gonzalez.pdf).
- Grández, P. (2010). *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC peruano*. Palestra.
- Grández, P. (2016). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Palestra editores.
- Guastini, R. (2007). *Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. Palestra.
- Hakansson, C. (2009). Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación. *Díakalon: revista de fundamentación jurídica*, 18, 3-18.
- Hesse, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Hirschmann, P. (2015). *El insulto y la política*.
<https://www.ancmyp.org.ar/user/files/Hirschman.I.15.pdf>
- Huerta, L. (2014). Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio. *Pensamiento Constitucional*, 14(15), DOI:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3051>.
- Hustler Magazine vs. Falwell, 485 U.S. 46 (Corte Suprema de los Estados Unidos de América 24 de Febrero de 1988).

- Instituto de Prensa y Sociedad IPYS. (2020). *Perú ocupa el puesto 90 de 180 en el índice de libertad de prensa, según RSF*. <https://ipys.org/noticias/libertad-de-expresion/peru-ocupa-el-puesto-90-de-180-en-el-indice-de-libertad-de-prensa-segun-rsf>
- Jorge Fontevecchia y Hector D'Amico, Caso No. Serie C No. 238 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de Noviembre de 2011).
- Kimel Vs. Argentina, Caso No. Serie C No. 177 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de Noviembre de 2010).
- La Razón. (2018). *La Razón: «Indecente», «marrano», «machirulo»... Así se insultan nuestros políticos*. <https://www.larazon.es/espana/el-golpista-sanchez-el-indecete-rajoy-y-el-marrano-aznar-OJ20296697/>
- La Rue, F. (2011). *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*. Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Landa, C. (2015). Proyecto «influjos de la doctrina en la jurisprudencia en el mundo. *Pensamiento Constitucional*, 287-288. DOI: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/95984>.
- Landa, C., & Díaz, J. (2015). Proyecto «influjos de la doctrina en la jurisprudencia en el mundo. Proyecto de investigación para Iberoamérica: entre doctrina jurídica y jurisprudencia constitucional. Las citas doctrinales en Iberoamérica». Informe Perú: proyecto de citas doctrinales. *Pensamiento Constitucional*, 20(20), 287-289.
- Legis.Pe. (2016). *Legis.pe: Lee aquí la sentencia de segunda instancia que absuelve a Rafo León*. <https://lpderecho.pe/lee-aqui-la-sentencia-segunda-instancia-absuelve-rafo-leon/>
- León, R. (2017). *Caretas: Reporte desde el baño de damas*. <https://caretas.pe/chinatudela/reporte-desde-el-bano-de-damas/>
- Lingens c. Austria, No. 9815/82 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 8 de Julio de 1986).

- López, R. (2016). Sátira, risa y desmitificación en el Romancero nuevo: hacia una lectura de "Así Riselo cantaba" de Pedro Liñán de Rianza. *Castilla. Estudios de Literatura*, 193-216. DOI: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456297>.
- Mantilla, F. (2009). "Interpretar": ¿aplicar o crear derecho? análisis desde la perspectiva del derecho privado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 537-597. DOI: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/718>.
- Marciani, B. (2005). La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos. *Pensamiento Constitucional*, 11(11), DOI: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7688>.
- Marciani, B. (2018). *El Lenguaje del Odio y los Límites a la Libertad de Expresión*. Palestra.
- Matos, J. (2012). *Perú: Estado desbordado y sociedad nacional emergente*. Centro de Investigación de la Universidad Ricardo Palma.
- Meiklejohn, A. (1961). The First Amendment Is an Absolute. *The Supreme Court Review*, 245-266. DOI: <https://www.jstor.org/stable/3108719>.
- Miguel Antonio Vargas Soto, 00299-2015-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 9 de Septiembre de 2015).
- Ministerio de Cultura. (2017). *Twitter: Ministerio de Cultura*. <https://twitter.com/MinCulturaPe/status/880970477832941568>
- Mir Puig, S. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Reppertori.
- Morales, F. (2004). *Sofocleto ha muerto, su humor vive*. http://www4.congreso.gob.pe/congresista/2001/fmorales/articulo/sofocleto_muerto.htm
- Ni una menos. (2017). *Tweeter: Ni una menos*. <https://twitter.com/NiUnaMenosPeru/status/919306772824952832>

- Organización de los Estados Americanos. (2000). *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: 3 - Capítulo II – Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio*. Organización de los Estados Americanos.
- Palomino, W. (2011). Análisis del Concepto de Honor y de los Delitos de Injuria y Difamación: ¿Será Cierto que el Derecho Penal es la Vía Adecuada para su Tutela? *Derecho & Sociedad*, 37, 339. DOI: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13183>.
- Pedro Andrés Lizana Puelles, 05854-2005-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 2005 de Noviembre de 2005).
- Pikara Magazine. (2016). *Pikara Online Magazine*. <https://www.pikaramagazine.com/2016/05/puta-puta-puta/>
- Polemos Portal Jurídico Interdisciplinario. (2020). *Alcances sobre la prisión preventiva en el Perú: ¿ instrumento procesal o medida político criminal?* <https://polemos.pe/alcances-sobre-la-prision-preventiva-en-el-peru-instrumento-procesal-o-medida-politico-criminal/>
- Portal del Congreso de la República. (2021). *Subcomisión aprueba informe final que acusa a excongresista Daniel Salaverry*. <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/subcomision-aprueba-informe-final-que-acusa-a-excongresista-daniel-salaverry/>
- Portocarrero, J. (2017). Ponderación. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 12, 210-224. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3653>.
- Pulido, B. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rafael León c. Martha Meier Miro Quesada, Expediente No. 14156-2014 (Corte Superior de Justicia de Lima Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres 29 de Agosto de 2016).
- Redacción El Comercio. (2019). *Presentan proyecto de ley para despenalizar los delitos contra el honor*. <https://elcomercio.pe/politica/congresistas-bancada-liberal-presentan-proyecto-ley-despenalizar-delitos-honor-alberto-belaunde-noticia-629931-noticia/?ref=ecr>

- Reporteros Sin Fronteras. (2020). *Home*. <https://rsf.org/es/peru>
- Ricardo Canese c. Paraguay, Caso No. Serie C No. 111 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de Agosto de 2004).
- Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001., 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 11 de Noviembre de 2003).
- Rodríguez, Á. (2005). *Manual de Derecho Constitucional*. Tecnos.
- Rodríguez, C., & León, P. (2008). El humor como estrategia pedagógica. *Sinapsis*, 137-144.
- Rosas, L. (2016). *Monos y Monadas: Cuando la caricatura se convirtió en resistencia*. Somos Periodismo: <http://somosperiodismo.com/monos-y-monadas-cuando-caricatura-se-convirtio-resistencia/>
- RPP Noticias. (2019). *RPP: Machismo: el problema social detrás de la violencia de género*. <https://rpp.pe/campanas/contenido-patrocinado/machismo-el-problema-social-detras-de-la-violencia-de-genero-noticia-1175565>
- Samper, D. (2020). *Semana: Cuando Duque toma decisiones*. Revista Semana: <https://www.semana.com/opinion/articulo/cuando-duque-toma-decisiones-por-daniel-samper-ospina/658026/>
- SUMAQ. (2017). *Sofocleto: El Gigante del Humor*. <https://perusumaq.com/2017/05/13/sofocleto-el-gigante-del-humor-latinoamericano/>
- The Observer and The Guardian c. el Reino Unido, 13166/87 (Tribunal Europe de Derechos Humanos 26 de Noviembre de 1991).
- Tristán Donoso Vs. Panamá, Caso No. 12.360 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de Septiembre de 2010).
- Trump, D. (2014). *Tweeter*. <https://twitter.com/realDonaldTrump/status/458031670164459521>

- Valderrama, Á. (2015). *¿Por qué el islam prohíbe las imágenes de Mahoma?* CNN:
<https://cnnespanol.cnn.com/2015/01/08/por-que-el-islam-prohibe-las-imagenes-de-mahoma/>
- Valero, A. (2014). Libertad de expresión y sátira política: Un estudio jurisprudencial. *Revista Internacional de Historia de la Comunicación*, 86-92. DOI:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4783274>.
- Valle Riestra, J. (2009). Despenalización de los delitos contra el honor. *Gaceta Jurídica*, 145.
- Valle Riestra, J. (2009). *Despenalización de los Delitos contra el honor*. Gaceta Jurídica.
- Vargas, G. (2012). *Fujiprensa: La información de la prensa amarilla en el Perú (1998-2000)*. Pontificia Universidad Católica del Perú:
<https://textos.pucp.edu.pe/pdf/3483.pdf>
- Vaz Ferreira, C. (1962). *Lógica viva*. Losada.
- Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, Sentencia No. 68354/01 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 25 de Enero de 2007).
- Víctor Manuel Fera c. Segundo Alejandro Carrascal, Sentencia No. 1372/2010 (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú 18 de Junio de 2010).
- Vicente Rodolfo Walde Jáuregui, 05156-2006-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 21 de Septiembre de 2006).
- Whittingham, J. (2007). Libertad de información. *Revista Derecho del Estado*, 33-48.
- Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Totta editorial.
- Zagrebelsky, G. (2014). *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Trotta editorial.
- Zavitsanou, T. (2016). *Humor y discurso político: el humor como recurso de opinión y crítica en la prensa contemporánea griega y española*. Universitat Pompeu Fabra.

