

Capítulo IV

Libertad de expresión, derecho privado y mecanismos de protección a terceros

JAVIER PAZOS HAYASHIDA*

*Profesor principal de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú*

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. REFERENCIAS AL MARCO REGULADOR RELATIVO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. III. SOBRE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. IV. PRERROGATIVAS CONCURRENTES: LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN EN EL MARCO DEL DERECHO PRIVADO. V. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL ORDENAMIENTO DE DERECHO PRIVADO CONTRA LOS EXCESOS EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: A través de este trabajo se pretende plantear una reflexión introductoria relativa a la libertad de expresión, sus límites y su ejercicio disfuncional, a propósito de los mecanismos que el ordenamiento establece ante la afectación de la esfera jurídica de terceros o, en su caso, ante la afectación del interés público. Más allá de la regulación constitucional y las decisiones del Tribunal Constitucional peruano, que refieren a los

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide. Máster en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla - La Mancha. Magíster en Gerencia Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogado por la misma casa de estudios. Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinador del Grupo de Investigación de Derecho Privado y Mercado. Código ORCID: 0000-0002-3516-2603. Correo electrónico: japazos@pucp.edu.pe.

linderos de la libertad, se busca analizar los mecanismos de protección que el derecho privado plantea, sobre todo aquellos que se vinculan con el sistema de responsabilidad civil y el veto al abuso del derecho.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión, libertad de opinión, derecho a la intimidad, derecho a la imagen, dignidad, responsabilidad civil, abuso del derecho.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha vinculado típicamente la libertad de expresión y, en su caso, la libertad de opinión, con la búsqueda de generación de nuevas ideas y el desarrollo de la cultura y de la sociedad toda (Arrieta, 2014, p. 4). Empero, si bien no hay una condición necesaria entre la expresión de un individuo y la supuesta consecuencia macro en toda la actividad humana, es importante el subrayar el que a través de la expresión de las ideas la persona se consolide como sujeto en libertad, se autorrealice y reafirme en dignidad. Al final, las declaraciones de conocimiento o no, de ciencia o no, terminan reafirmando la particular posición de la persona en el mundo. En eso radica la trascendencia de la libertad (Bisbal, 2006, p. 18).

El que no haya efecto necesario en la generación de conocimiento radica en el hecho de que la opinión efectuada por un individuo respecto de un acontecimiento de la realidad podría consistir en una declaración sin sustento de ninguna naturaleza, una declaración fundamentada o, incluso, en una posición validada. Entonces, la incidencia en la generación del conocimiento o de nuevas ideas es relativa (sea que se considera que la incidencia sea nula o no o, más bien, que el impacto será distinto en cada caso). Sin embargo, independientemente de ello, la participación de la persona importará siempre como mecanismo de autorrealización individual (Bisbal, 2006, pp. 24-25).

Más allá del impacto de las ideas y de la disquisición sobre la existencia y contenido de las libertades de opinión y de expresión, es importante subrayar que, como prerrogativas jurídicas, tienen límites definidos en atención a la consecuente interactuación en sociedad y en atención a los intereses jurídicamente relevantes que pueden confluir con ellas. Así, no solo la concurrencia de los derechos de terceros puede configurar situaciones de conflicto sino, además, el propio interés público (Ayala, 2000, pp. 42-43).

Por supuesto, no solo la concurrencia de situaciones expresamente declaradas como ilícitas en un ordenamiento jurídico son repudiadas por el sistema. A ello, debemos agregar limitaciones generales al ejercicio de

tales libertades, como la buena fe y, más aún, el repudio al uso abusivo de las prerrogativas en cuestión (Roca, 2020, p. 364).

El objeto de este trabajo es plantear una reflexión introductoria sobre la libertad de expresión, dentro del marco del ordenamiento jurídico peruano, partiendo de una reflexión acerca de la regulación constitucional para luego, con fines descriptivos, incidir en el conjunto de medidas que a nivel del derecho privado se vinculan con la cuestión, sobre todo a partir de los mecanismos de protección de la esfera jurídica de terceros que se puedan ver afectados por el ejercicio de tales prerrogativas.

II. REFERENCIAS AL MARCO REGULATORIO RELATIVO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En el ordenamiento jurídico peruano a nivel constitucional se regulan, como derechos, a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, independientemente de que el ejercicio de dichas libertades sea efectuado a través de la palabra oral o escrita. La norma en cuestión, el numeral 4 del artículo 2 de la Constitución peruana de 1993, incluye también a las manifestaciones concretas de las libertades de expresión y difusión relativas a la propia imagen de la persona (Rubio, 2015, p. 25).

Importa subrayar que las libertades que se declaran en la norma antes referida son protegidas independientemente del medio de comunicación social que se utilice. En tal medida, su ejercicio podrá hacerse a través de medios que podrían considerarse como “tradicionales”, conteniendo alocuciones de cualquier índole o manifestaciones escritas de diverso tipo, casos a los que se pueden sumar todos los escenarios en que las actuales tecnologías de la información y comunicación se manifiesten, incluyendo el recurso a redes sociales, canales de mensajería instantánea, entornos virtuales de aprendizaje, comunicación o difusión, hasta la concurrencia en el caso de diversos actores como *influencers*, *followers* y otros vinculados a la sociedad de la información (Díez, 2018).

Sea cual fuere el escenario, a partir de la norma constitucional queda claro que el ejercicio de cualquier de las libertades submateria no requerirá de autorización previa, ni podrá ser sometida a censura ni a impedimento de ninguna naturaleza. De darse cualquiera de estas, podrá aplicarse el conjunto de consecuencias jurídicas relativa a la responsabilidad de los infractores. Queda claro que el objetivo es subrayar el amplio ámbito de actuación del individuo sobre el particular. Por supuesto, ello de ninguna manera quiere decir que no haya un límite

pues este se encontrará determinado por la propia dignidad del ser y el potencial veto al ejercicio abusivo de las mentadas libertades (Huerta, 2010, p. 323).

Ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en su artículo 19, se hace mención a la libertad de opinión y de expresión, como derecho y a título singular, como una sola prerrogativa jurídica que contaría con dos manifestaciones o vertientes integradas en la unidad. La protección incluiría prerrogativas de desarrollo de la libertad en cuestión que comprenderían el no ser molestado con motivo de la manifestación de opiniones así como, en cuanto concierna, el investigar y recibir información y opiniones de terceros, así como difundirlas, todo ello independientemente del medio al que se recurra para expresarlas y sin limitaciones territoriales (Gómez-Robledo, 1996, p. 77).

Por su parte, y tomando en cuenta el antecedente indicado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) refiere, en su artículo 19 y en términos generales, que nadie puede ser molestado por causa de sus opiniones. Interesante es la referencia que se plantea en el segundo numeral del artículo indicado, en relación con el detalle del contenido de la libertad de expresión (como derecho, nuevamente), que incluiría diversas prerrogativas de desarrollo (tratadas como libertades) relativas a la búsqueda de información, su recepción y la difusión de la misma, con autonomía de la naturaleza de las ideas, no habiendo para la actuación del sujeto limitaciones territoriales (fronteras, se entiende), menos aún cuanto más globalizado el medio que se utiliza para la expresión de las ideas, o su correspondiente búsqueda, recepción o difusión (Contreras, 2014, p. 30).

El artículo 19 también hace referencia al medio a través del cual se hace manifiesta la libertad de expresión, lo que incluye cualquier tipo de comunicación oral o escrita y ya sea que esté tradicionalmente impresa o vaya más allá del específico recurso utilizado, sumando la posibilidad de recurrir a formas de expresión artística o cualquier otro tipo de procedimiento que haga viable la manifestación del individuo.

Un punto medular del artículo de referencia se encuentra en su tercer literal. Ahí se menciona que la existencia de las prerrogativas jurídicas descritas o, más bien, el ejercicio de las mismas, trae consigo tanto deberes como responsabilidades de carácter especial. La razón es evidente: el ejercicio de las titularidades no es absoluto siendo que la convivencia en sociedad determina los linderos de tal actuación, lo que es denotado a partir de la concurrencia de intereses de terceros y, más aún, a partir de la concurrencia del interés público y del orden público. Ello explicaría el eventual régimen de restricciones a la libertad de expresión que deberá

ser fijado expresamente por ley. El fuero especial se justificaría en tanto la regulación sea necesaria para salvaguardar el respeto de los derechos de los demás. La mención se efectúa en un sentido amplio, conteniendo la protección de los diversos derechos de otros actores sociales que puedan verse afectados, haciéndose una mención especial, aunque no de tono excluyente, al referirse a la reputación de los demás (Contreras, 2014, p. 41).

A lo dicho se agrega la posibilidad de establecer restricciones al ejercicio de la libertad de expresión sustentadas en la necesidad de proteger la seguridad nacional, el orden público o, en su caso, la salud o la moral públicas. Sea que entendamos la referencia como la causa fuente de normas imperativas de interés público o como declaraciones de figuras jurídicas indeterminadas, lo cierto es que cumplen un rol delimitador de la actuación de los sujetos en el marco de su libertad (Contreras, 2014, p. 38).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) remite al tema con mayor profundidad que en el caso de las normas que anteceden. De hecho, se parte de un marco similar donde la libertad de pensamiento y expresión son tratadas también como una sola categoría jurídica, un derecho, que tiene una diversidad de manifestaciones y que comprende, al igual que se indica en las normas antes mencionadas, el buscar, recibir y difundir tanto información como las ideas de todo tipo, independientemente del cómo se terminen manifestando y trascendiendo también territorios y fronteras (Orduña, 2011, p. 134).

No resulta nuevo, tampoco, el veto a cualquier tipo de censura previa al ejercicio de la libertad de pensamiento o, en su caso, la de expresión, decantándose, en todo caso, por un régimen de responsabilidad posterior encaminado a salvaguardar la esfera jurídica de otros sujetos, entiéndase sus derechos en el sentido amplio, sin limitación y más allá de su reputación. Por otro lado, se resalta la importancia del interés público, nuevamente referido a través de la indicación de la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud pública o, también, la moral pública (Orduña, 2011, pp. 135-136).

Lo interesante se encuentra en la referencia al límite mismo a la potencial restricción de la libertad de expresión que, como se indica en el literal 3 del artículo 13, no podrá establecerse en consideración a los que se ha llamado “medios indirectos”, figura que refiere al ejercicio abusivo de los mecanismos de control oficial (particularmente) de papel para periódicos (entiéndase la referencia en el contexto en que la norma fue dada, siendo que, aunque vigente, rige menos dada la paulatina, aunque no absoluta, preferencia por los medios de comunicación digitales),

frecuencias radioeléctricas y demás. En fin, se prohíbe el control indirecto sea ejerciendo transgresoramente cualquier prerrogativa que recaiga sobre los medios o canales vinculados a la comunicación o circulación de las ideas u opiniones de las personas (Eguiguren, 2010, p. 110).

Los casos indicados, siempre a título meramente ilustrativo, se integran ahora con la multiplicidad de fenómenos sociales que han traído consigo el incremento de canales de comunicación que la tecnología pone a disposición: Facebook, Twitter, Instagram, WhatsApp y un inacabable etcétera. Más allá de la discusión sobre la legalidad de los mecanismos de control de medios y recursos, el uso transgresor de las potestades públicas o privadas, de existir estas, es repudiado por cuanto puede presentarse como un medio de censura o control indirecto que busque finalmente incrementar los costos de transacción asociados al ejercicio de la libertad de expresión, lo que se traduciría en impedimentos de facto o en restricciones a la propia manifestación efectiva de las ideas u opiniones (Stjernfelt y Lauritzen, 2020, p. 140).

Se establece en el numeral 4 del artículo 13, sin perjuicio de todo lo dicho, que cabe la posibilidad de establecer, por norma legal expresa, que los espectáculos públicos puedan ser sometidos a censura previa. La medida está sustentada en el interés público en esta ocasión haciendo énfasis en el ámbito de protección de la infancia y la adolescencia, como razón exclusiva (Eguiguren, 2010, p. 106; Arcila, 2011, p. 131).

Finalmente, en el numeral 5 del artículo referido, se menciona que estará prohibida por la ley un conjunto de declaraciones que, en el aparente marco de la libertad de expresión o de opinión afectan el orden público, los derechos de terceros, la dignidad de las personas o todas a la vez. En consideración a ello se hace mención, a título ilustrativo, a cualquier tipo de propaganda, en el sentido más amplio de la expresión, que pueda efectuarse en favor de la guerra, así como cualquier tipo de apología en favor del odio nacional, racial o religioso, que constituya una forma de incitación a la violencia o a cualquier tipo de acción ilegal que pueda afectar a cualquier persona individualmente considerada o como miembro de un colectivo. El repudio de tales actos, abarca motivos de raza, color, religión, idioma u origen nacional (Eguiguren, 2010, pp. 112-113).

El contenido del numeral 5 del artículo 13 pretende excluir del marco de protección de la libertad de expresión y de opinión las declaraciones y expresiones de odio o de violencia que puedan afectar intereses jurídicamente tutelables ya sea a título individual, de un colectivo concreto o de la nación toda. Se reafirma, nuevamente y con especial énfasis,

que las libertades individuales tienen un límite, siendo que el ejercicio distorsionado de tales prerrogativas no puede ser amparado por el sistema jurídico.

III. SOBRE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A nivel del Tribunal Constitucional peruano se hecho referencia al contenido de la libertad de expresión, sobre la base del marco normativo antes citado, como un derecho de cada individuo a manifestar sus opiniones sin que medien para el caso restricciones que no tengan justificación (STC. Exp. N.º 0027-2005-PI/TC). Se reitera, en el mismo sentido, que la expresión y difusión de las ideas u opiniones se puede hacer independientemente del medio (sea verbal, escrito o de cualquier otra índole).

Se ha afirmado, asimismo, que nos encontramos ante una prerrogativa que busca garantizar la difusión del pensamiento, así como la opinión o, incluso, los meros juicios de valor que una persona pueda en general emitir (STC. Exp. N.º 0905-2001-AA/TC). Nótese que se toma distancia de la idea de que la libertad de expresión está vinculada necesariamente con la generación de conocimiento, posición que compartimos.

La última resolución mencionada subraya la diferencia entre la libertad de expresión y la libertad de información, resaltándose que la primera se aleja de la concurrencia de la búsqueda y difusión de información veraz. Se determina entonces un fuero de protección de una y otra prerrogativa de manera independiente (Huerta, 2010).

El Tribunal Constitucional ha resaltado que la libertad de expresión evidentemente no es una prerrogativa absoluta. Se indica, en este sentido que:

“es cierto que en un Estado democrático la libertad de expresión adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social; sin embargo, ello no admite la aceptación de estados de libertad irrestrictos, pues el ejercicio mismo de la libertad de expresión conlleva una serie de deberes y responsabilidades para con terceros y para con la propia organización social. Así, no es posible hablar sobre esta base de derechos absolutos –como lo alega el recurrente al invocar una abierta protección de su derecho a la libertad de opinión y de expresión–, toda vez que, a la luz de nuestra Constitución, el ejercicio ilimitado de derechos no se encuentra garantizado” (STC. Exp. N.º 2465-2004-AA/TC).

De lo expresado se denota la importancia de reconocer que las prerrogativas jurídicas no son irrestrictas sino que se manifiestan y, más importante, se salvaguardan en atención al contenido que en la sociedad se va determinando. Así, se subraya en la resolución transcrita que si bien la libertad de expresión es un presupuesto que coadyuva a la generación del debate y la tolerancia, ello tiene linderos definidos a partir de la propia actuación en sociedad, lo que determina como contrapartida la concurrencia de un conjunto de situaciones jurídicas en favor de terceros o de toda la comunidad.

Como se indica en la misma resolución, lo anterior de ninguna manera desconoce el contenido esencial de la libertad de expresión. Por el contrario, se recalca que toda limitación a la libertad de expresión deberá respetar tal contenido, siendo que corresponderá evaluarse la razonabilidad de la medida de restricción a partir de ello, de manera tal que no solo sea justificada sino que se garantice su congruencia con la finalidad que se pretende proteger (STC. Exp. N.º 2465-2004-AA/TC).

Queda claro que a partir del test de proporcionalidad se mensura la legitimidad de la delimitación de la libertad de expresión. La confluencia de titularidades invita a la reflexión sobre los linderos del contenido esencial de la libertad y el marco de protección jurídica con que se cuenta (en abstracto) o, en todo caso, sobre los alcances de la misma (en concreto). Naturalmente, ello no quiere decir que se termine configurando una jerarquía entre los derechos fundamentales. Es esa confluencia de distintas prerrogativas jurídicas, ya sean libertades o derechos, lo que determina su funcionalidad: su coexistencia efectiva permite establecer aquello que jurídicamente es permitido y, por ende, protegible (Castillo, 2007).

Entendemos, por supuesto, que el ámbito de la restricción dependerá de la titularidad que confluya con la libertad de expresión y, detrás de ello, con los intereses jurídicamente tutelables que se busque proteger a partir de una norma específica. Así, será diferente una particular restricción por afectarse, por ejemplo, la esfera privada de un individuo a la configuración de un delito. De hecho, el acto fuente que determina la restricción también tendrá que considerarse ya que, en el caso de las restricciones de contenido, corresponderá la reserva de ley (Huerta, 2010).

De conformidad con lo anteriormente dicho, el honor y la buena reputación de las personas, como expresiones que consolidan la dignidad del ser (STC. Exp. N.º 03206-2012-PA/TC), son protegidas frente al ejercicio transgresor de la libertad de expresión. En tal medida, se argumenta, detentar tal prerrogativa no trae consigo la existencia de un derecho al insulto o ningún tipo de prerrogativa que se le parezca (Landa, 2018).

Visto desde la perspectiva del titular del derecho al honor, a la intimidad u otro derecho afectado, entendemos que no se hace necesaria la referencia a la existencia de un derecho a no ser ofendido (visto peligrosamente en negativo). Basta con reafirmar el carácter de la dignidad del ser individualmente considerado y su condición delimitadora *per se*.

Sea cual fuere el escenario, finalmente, ante el conflicto en la interpretación de las disposiciones constitucionales, sobre todo ahí donde lo subyacente sea el ejercicio de prerrogativas concretas, el problema será mensurado a partir 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, incluso aquellos pertenecientes a la denominada ‘Constitución orgánica’ se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (...)” (STC. Exp. N.º 5854-2005-PA/TC).

IV. PRERROGATIVAS CONCURRENTES: LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN EN EL MARCO DEL DERECHO PRIVADO

Descrita la libertad de expresión, planteemos a título ilustrativo el marco regulatorio de dos derechos subjetivos: el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, en atención a que pueden ser bienes jurídicos que podrían verse afectados a partir de un ejercicio de las libertades antes referidas que podríamos considerar como sintomatológico (Castillo, 2006, p.12). La afectación del derecho a la intimidad de la persona o el uso indebido de su imagen o voz pueden ser un buen pretexto para reflexionar, en el punto siguiente, sobre los mecanismos que el derecho privado establece para salvaguardar a las víctimas.

El artículo 2 de la Constitución peruana en su numeral 7.º establece que toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, así como a la intimidad personal y familiar, a lo que se suma, por su lado, el derecho a la voz y a la imagen propias. Por su parte, en relación con la afectación a la esfera personal a través de informaciones inexactas, en cualquier medio de comunicación social, se establece la facultad de exigir la rectificación correspondiente de manera gratuita, inmediata y proporcional, ello por

supuesto además del surgimiento de la responsabilidad civil, penal o administrativa que se pueda generar (Rubio, 2015, p. 28).

El derecho a la intimidad está regulado en el artículo 14 del Código civil peruano, que contempla la protección de la esfera jurídica privada del sujeto sea individualmente considerado o dentro del ámbito familiar, englobando, en este último caso, la protección a toda la referida comunidad intermedia. La regla plantea un ámbito de protección que se presenta como absoluto en la medida que subraya que la esfera privada no puede ponerse de manifiesto sin la autorización de la persona, no contemplándose excepción alguna (Fernández, 2000, pp. 377-378).

En lo que concierne a la autorización para el acceso a la vida privada, no se establece indicación al respecto, ni en cuanto a la forma ni al contenido de la misma. Sea cual fuere el escenario, dada la naturaleza del bien jurídico tutelado y considerando la trascendencia del acceso a información que puede ser considerada sensible, entendemos que el permiso deberá ser fehaciente.

La anuencia al acceso a la vida privada cuenta con su propia problemática. La discusión sobre el particular deberá considerar el objeto preciso sobre el cual recae el acto de disposición. Al respecto, corresponde recordar que, en la sistemática del ordenamiento de derecho privado peruano, se reafirma la idea relativa al carácter inherente de los derechos de la personalidad, lo que trae consigo no solo su consustancialidad sino también su inalienabilidad e irrenunciabilidad (Varsi, 2014, pp. 334-335). Bajo tal premisa cabe la consideración sobre la legitimidad subyacente a cada acto dispositivo.

El problema se presenta en relación con las declaraciones de voluntad que tengan por objeto la autorización para el acceso a la esfera privada del sujeto, en todo o en parte, relativa a acontecimientos pasados o presentes, sensibles o no, periféricos o de otra índole. Es posible que, en ese escenario, entren en conflicto la dignidad de la persona y la autodeterminación del ser. Los linderos de esta última a efectos de la declaración de acceso a la esfera privada, en todo caso, deberán mensurarse a la luz de la propia dignidad y ser evaluadas en cada circunstancia (Zúñiga, 1997, pp. 294-295).

Cuestión aparte es aquella que refiere a la posibilidad de que sea a través de la actuación de un representante que se autorice el acceso a la esfera privada del individuo, entiéndase el padre que ejerce patria potestad, el tutor o el curador.

La protección, por su parte, trasciende a la vida misma de la persona. Sobre el particular se establece que, muerta esta (o declarada judicialmente su muerte presunta), el acceso a su esfera jurídica privada podrá ser posible únicamente con la anuencia de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, ello de manera excluyente y en atención al referido orden de prelación, quedando claro que no se busca someter la cuestión a votación alguna o, menos aún a la evaluación del consejo de familia, que no tiene prerrogativa sobre el tema (Ramos, 1994, p. 103).

Lo importante, conforme a lo dicho, es que el derecho a la intimidad trasciende barreras de espacio y de tiempo. No se limita a ser un derecho que se puede ejercer solo estando en la propia casa sino que se determina en atención al ámbito de desarrollo de la persona. Trasciende al tiempo, por otro lado, porque la protección de la esfera privada del ser, de su derecho a estar solo, se mantiene vigente después de la muerte.

El derecho a la imagen y la voz está regulado en el artículo 15 del Código civil. La regla de la cual se parte en este caso es similar a la que refiere al derecho a la intimidad. Al respecto, se indica que la imagen y la voz de una persona no pueden ser puestas de manifiesto sin la autorización del propio titular. Nuevamente, como ocurre con el caso de la intimidad, se establece que es la propia declaración de voluntad del sujeto la que puede hacer viable el aprovechamiento de su imagen o su voz (Morales, 2009, p. 279).

Similares consideraciones a las planteadas en el caso del derecho a la intimidad se pueden hacer manifiestas en el caso del derecho a la imagen en relación con la legitimidad dispositiva en determinados casos, sobre todo en aquellas circunstancias que podrían afectar la dignidad del ser. También se puede discutir sobre el papel de los representantes que actúen en aras de la protección de menores de edad o sujetos a regímenes de protección, analizándose el alcance de sus potestades.

En el caso del derecho a la imagen, la norma antes indicada hace referencia a la posibilidad de aprovechamiento por parte de terceros de la imagen o de la voz. Entendemos que el término debe ser apreciado en su carácter más amplio y no solo limitado a aquellas actividades generadoras de rendimientos. Así, detrás del término, podemos encontrar cualquier tipo de uso que pueda traer consigo una utilidad, aun cuando la misma, evidentemente, no remita a actividades lucrativas. (Balarezo, 2020, p. 149).

En este caso también importa reafirmar el carácter atemporal del derecho a la imagen. Esta prerrogativa trasciende a la vida misma del sujeto, nutriéndose de la dignidad del ser, al igual que en el caso del derecho

a intimidad. Muerta la persona, serán sus familiares los encargados de proteger su imagen. Así, la autorización para el uso de la imagen de la persona acaecida su muerte, corresponderá al cónyuge supérstite, los descendientes, ascendientes o hermanos, siempre de manera excluyente y en el orden establecido por la normativa (Rubio, 2015, p. 29).

Huelga afirmar que los derechos a la intimidad y la imagen constituyen prerrogativas no solo independientes desde el plano de la regulación de derecho común. Importa entender, además, que los bienes jurídicos tutelados en uno y otro caso no son los mismos aunque, eventualmente, puedan coincidir (Corral, 2001, p. 161).

A diferencia de lo que ocurre en el caso del derecho a la intimidad, donde no existe excepción alguna a la necesidad de autorización para acceso a la esfera privada del sujeto, en el caso del derecho a la imagen el artículo 15 del código establece supuestos en los que no será necesaria la anuencia de la persona para el aprovechamiento de su imagen o su voz.

Conforme a lo establecido en el código, no se requerirá de autorización para el uso de la imagen o la voz de una persona cuando dicho uso se justifique por la notoriedad del sujeto o, en su caso, por el cargo que desempeñe, sea este público o privado. Estos dos primeros casos refieren a las circunstancias particulares de los sujetos titulares del derecho a la imagen. A ello, el artículo 15 del código agrega la posibilidad de que el uso se justifique por hechos o circunstancias de interés público o por motivos de carácter científico, didáctico o cultural. Cabe precisar, sin embargo, que no bastará con encontrarnos con alguno de los casos antes indicados para que se configure un supuesto de excepción a la regla relativa a la necesidad de autorización. Se requiere además que el caso en cuestión esté relacionado con hechos o ceremonias de interés general que, además, se celebren en público. El régimen de excepción, entonces, remite a una diversidad de supuestos de hecho complejos, esto es, que requieren de la concurrencia de una pluralidad de variables para que recién se aplique la consecuencia: que no se necesite autorización para el uso de la imagen o la voz (Balarezo, 2020, p. 149).

El régimen peruano contempla entonces como regla la prohibición del uso de la imagen de una persona sin su autorización, salvo que concurren ciertas circunstancias excepcionales contempladas específicamente en la norma. Aún más, el recurso a las excepciones tiene un límite: a pesar de encontrarnos en un supuesto de excepción no se podrá usar la imagen o la voz de una persona si tal uso puede afectar su honor, decoro o reputación.

Detrás del límite planteado se encuentra la salvaguarda de la dignidad del ser humano (Huerta, 2010, pp. 341-342).

El conjunto de reglas presentado denota la intención del legislador de proteger de una manera integral la esfera jurídica privada de las personas, en lo que concierne a los dos escenarios que a título de ejemplo se han presentado: la intimidad y la imagen y la voz del individuo. Sin embargo ello no elimina la posibilidad de colisión de dichos derechos con el ejercicio de las libertades de expresión o de opinión por parte de otro sujeto.

La referida circunstancia se hace evidente en diversos casos que a nivel constitucional han sido dilucidados y en los que se hace mención al ejercicio de las libertades y el ámbito de protección de bienes jurídicos como la intimidad y la ponderación entre información y vida privada (STC Exp. N.º 6712-2005-HC/TC); a escenarios donde se argumenta la concurrencia del ejercicio de las libertades de información, opinión, expresión y difusión (STC. Exp. N.º 0905-2001-AA/TC); a la diferencia entre libertad de expresión e información (STC. Exp. N.º 0866-2000-AA/TC); al conflicto con el derecho al honor y la intimidad, la imagen y la voz de la persona, sea en el ámbito personal y familiar, ello incluso trascendiendo a la vida misma del sujeto (STC. Exp. N.º 00073-2013-PA/TC); al tema de la rectificación (STC. Exp. N.º 00967-2012-PA/TC); entre otros.

V. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL ORDENAMIENTO DE DERECHO PRIVADO CONTRA LOS EXCESOS EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Sin perjuicio del ámbito de protección constitucional por la potencial afectación a los derechos fundamentales de las personas, el régimen de derecho privado contemplado en el Código civil peruano establece también mecanismos que pueden manifestarse efectivamente ante los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión.

El artículo 17 del Código civil plantea que la violación de cualquiera de los derechos de la persona regulados en la respectiva sección del código, incluyendo el derecho a la intimidad o la imagen y la voz, conferirá al agraviado o, en su caso, a sus herederos la acción para reclamar el cese de los actos lesivos (Varsi, p. 2014, 794). El medio de protección planteado se reduce a una acción de cesación.

La contrapartida de la normativa que declara la protección a diversos atributos de la persona como la intimidad o la imagen, que se referían en el punto anterior, en la sistemática del Código civil, se reduce a un recurso *ex post*. La crítica evidente es el limitado ámbito de acción de una medida

de protección de tal naturaleza. Es claro que una medida de cesación tiene sentido en tanto que la acción generadora del efecto dañoso sea de carácter continuo, siendo que se sigue desarrollando en el tiempo. De no ser así, sería absurdo un recurso de esta naturaleza. Queda inserto en la referida medida el caso de los actos preparatorios con potencial efecto dañoso (escenario en el que la afectación no se ha producido pero hay riesgo de que se produzca).

Más allá de las particularidades de la figura mencionada (totalmente insuficiente en esencia), el punto medular de los mecanismos de protección frente a los daños generados como consecuencia de la realización de actos que se pretenden amparar en la libertad de expresión, será el régimen de responsabilidad civil.

Si el ejercicio de la libertad de expresión tiene su origen en una relación jurídico patrimonial, el régimen de responsabilidad aplicable será el de inejecución de obligaciones. Bajo este escenario, será la propia autonomía privada la que podrá delimitar los alcances del ejercicio de la libertad de expresión para el caso concreto y, en ese sentido, la violación de los deberes de prestación o de protección que constituyen la obligación incluyendo, en tal medida, la afectación de la propia intimidad o de la imagen o la voz o, en general, de la dignidad de la persona, conllevarán la generación de las consecuencias de carácter indemnizatorio.

Debe subrayarse, de lo indicado en el párrafo precedente, que atributos como la intimidad, la imagen o la dignidad del ser se protegerán sea que su salvaguarda esté determinada por el cumplimiento prestacional contenido de la obligación o, en su caso, del respeto al principio general de buena fe (Ordoqui, 2015).

Por su parte, desde el plano de la responsabilidad extracontractual el tema en apariencia se puede apreciar con mayor claridad. Partiendo del deber jurídico general de no causar daño a otro, el *neminem laedere*, se hace hincapié en que el ejercicio de la libertad de expresión no puede afectar el derecho a la intimidad, o el derecho a la imagen o la dignidad de terceros respecto de los cuales no tenemos vínculos previos.

El plano extracontractual, por lo menos cuantitativamente, constituirá la típica fuente de pretensiones indemnizatorias por el daño generado al transgredirse los límites de la libertad de expresión. Las consecuencias dañosas estarán ligadas a los derechos de la persona antes indicados, siempre a título referencial, y podrán incluir el daño a la persona, el daño moral, la afectación al proyecto de vida o, incluso, el daño emergente y el lucro cesante (en cuanto su concurrencia se haga manifiesta a partir de la afectación, por ejemplo, del derecho a la imagen).

Particularmente, en el ámbito extrapatrimonial, como se desprende del artículo 1984 del código, la indemnización se determinará considerando la magnitud del daño y el menoscabo que se haya producido ya sea a la víctima o a su familia (Trazegnies, 2001). Algo similar ocurrirá en el caso de la responsabilidad por inejecución de obligaciones aunque, en ese caso, se indemnizarán, como indica el artículo 1321, los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la inejecución de la obligación o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, ello en la medida en que cada uno de esos escenarios incida en los atributos personales del sujeto (Osterling y Castillo, 2014). De hecho en este último caso, conforme al artículo 1322, se desprende la posibilidad de dar cobertura a los daños de índole extrapatrimonial incluso en el caso de violación de los deberes de protección.

Hay, además de lo dicho, un tema que está relacionado al ejercicio regular de la libertad de expresión frente a la problemática del ejercicio transgresor: la dicotomía entre el ejercicio regular del derecho y el ejercicio abusivo del mismo.

En el ordenamiento jurídico peruano, el artículo II del Título Preliminar del Código civil establece que la ley no ampara ni el ejercicio ni la omisión abusivas de un derecho. Se repudia de manera expresa el ejercicio transgresor de una prerrogativa jurídica, específicamente de un derecho subjetivo. La cuestión se centra en la verificación del uso del derecho en concordancia con los fines económico-sociales que justifican y dan contenido a tal derecho en particular. Ello, ciertamente, no es algo estático sino que se va adaptando y evolucionando de acuerdo con el derrotero de la sociedad.

Es evidente que el escenario jurídico que sirve de presupuesto a la concurrencia de la categoría antes indicada es la existencia de un derecho incorporado al estadio situacional del sujeto. Así, para abusar de un derecho, debemos contar con el derecho en cuestión. De conformidad con ello, serán distintos los escenarios en que se afecte la esfera jurídica de terceros a partir de una actuación no amparada por el ordenamiento, más aún, repudiada por el sistema, de aquellos casos en que se cuenta con el derecho pero este es ejercido de manera distorsionada (Barros, 2006).

En el ejercicio de la libertad de expresión podemos encontrarnos con situaciones similares en las que no concurrirá una actuación directamente ilícita sino que nos encontraremos con ejercicios excesivos y transgresores de los fines de la mencionada libertad que generen o puedan generar daños en la esfera jurídica de terceros, lo que determinaría que estos últimos sean susceptibles de ser indemnizados.

Respecto de la aplicabilidad de la teoría del abuso del derecho como justificante del resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a partir del ejercicio de la libertad de expresión, corresponde reflexionar en atención a la naturaleza misma de la prerrogativa concurrente. Si reconocemos la existencia de distintas situaciones jurídicas (entiéndase libertades, derechos, facultades, potestades, etc.), el marco regulatorio de unas no necesariamente será de aplicación a las otras. Planteamos ello dado que el veto al abuso del derecho, en consecuencia, se aplicará, como régimen de sanción, dentro del ámbito del supuesto de hecho que se pretende repudiar, no pudiendo aplicarse a escenarios distintos ni por interpretación extensiva ni por analogía.

Es a partir de temas como el anterior que resulta importante determinar la naturaleza de la prerrogativa en cuestión: si es un derecho o si es una libertad (o si es “un derecho a ejercer una libertad”). Ello incidirá en la concurrencia de específicos mecanismos de protección a terceros por los daños y perjuicios generados a partir del ejercicio de la libertad de expresión, sin que ello signifique, por supuesto, desmedro del contenido esencial de la misma o, menos aún, de los derechos afectados.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARCILA, J. (2011). La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (1985-2009). *Forum. Revista Departamento de Ciencia Política*, n.º 1, 113-146.
- ARRIETA, M. (2014). Libertad de expresión y derecho a la información en las redes sociales en Internet. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.º 12, 3-31.
- AYALA, C. (2000). El derecho humano a la libertad de expresión: límites aceptados y responsabilidades ulteriores. *Ius et praxis*, n.º 6(1), 33-52.
- BALAREZO, E. (2020). La regulación de la imagen y la voz, dos aspectos jurídicos relevantes de la persona humana dentro del Código Civil peruano y su adaptación a los tiempos del Covid-19. *Lumen*, n.º 16(1), 145-158.
- BARROS, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile.
- BISBAL, M. (2006). La libertad de expresión en la filosofía de John Stuart Mill. *Anuario de filosofía del derecho*, (23), 13-36.

- CASTILLO, L. (2006). Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información. *Actualidad Jurídica*, n.º 152, 13-25.
- CASTILLO, L. (2007). Un caso de internacionalización y constitucionalización. Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del TEDH y en la del TC. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 119, 385-437. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000200004.
- CONTRERAS, P. (2014). Deferencia internacional y discreción nacional bajo el pacto internacional de derechos civiles y políticos. *Revista de derecho (Coquimbo)*, n.º 21(1), 21-60.
- CORRAL, H. (2001). La vida privada y la propia imagen como objetos de disposición negocial. *Revista de derecho (Coquimbo)*, n.º 8, 159-175.
- DÍEZ, L. (2018). La libertad de expresión en las redes sociales. *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 27, 5-15.
- EGUIGUREN, F. (2010). La libertad de pensamiento y expresión en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Ius et Veritas*, n.º 40, 102-113.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2000). Repensando el Código Civil peruano de 1984 en el umbral de un nuevo milenio. *Derecho PUCP*, n.º 53, 373-422.
- GÓMEZ-ROBLEDO, A. (1996). El derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión: derechos humanos fundamentales. *Estudios básicos de derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 76-92.
- HUERTA, L. (2010). Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio. *Pensamiento Constitucional*, n.º 14, 319-344. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3051>.
- LANDA, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- MORALES, J. (2009). *Instituciones del Derecho Civil*. Palestra.
- ORDOQUI, G. (2015). *La buena fe contractual*. Lima: Ediciones Legales.
- ORDUÑA, E. (2011). La libertad de pensamiento y de expresión vista desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Latinoamérica. *Revista de Estudios Latinoamericanos*, n.º 53, 133-145.

- OSTERLING, F. y CASTILLO, M. (2014). *Tratado de derecho de las obligaciones* (2da ed.). ECB -Thomson Reuters.
- RAMOS, C. (1994). La idea de familia en el Código Civil Peruano. *THĒMIS-Revista de Derecho*, n.º 30, 97-107.
- ROCA, M. (2020). Límites a la libertad de expresión de los políticos y abuso de derecho. Los casos de Féret C. Bélgica y Perinçek C. Suiza. *Revista de Derecho Político*, n.º 109, 345-369.
- RUBIO, M. (2015). Para conocer la Constitución de 1993 (5ta Ed.). *Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú*.
- STJERNFELT, F. y LAURITZEN, A. (2020). *Your Post Has Been Removed: Tech Giants and Freedom of Speech [Tu publicación ha sido eliminada: gigantes tecnológicos y libertad de expresión]*. Springer Nature.
- TRAZEGNÍES, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual* (7ma Ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- VARSÍ, E. (2014). *Tratado de Derecho de las personas*. Gaceta Jurídica, Universidad de Lima.
- ZÚÑIGA, F. (1997). El derecho a la intimidad y sus paradigmas. *Ius et Praxis. Universidad de Talca*, n.º 3(1).