

## Desde Fribourg

### Sentencias del Tribunal Constitucional a tumbos

**José Hurtado Pozo**

En las Novedades de enero, nos ocupamos de las peripecias del fallido Decreto Legislativo N° 1097, como uno de los tres primeros casos que prometimos presentar, en tanto ejemplos de que “algo malo” sucede en nuestro Estado de derecho. Esta vez abordaremos, lo acontecido con la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00655-2010-PHC/TC, publicada 7 de diciembre de 2010.

La importancia de los Tribunales Constitucionales para la estabilidad y la consolidación del sistema democrático está fuera de duda. Que esta función esencial sea cumplida depende mucho, entre diversos factores, por un lado, de su independencia en relación con los demás Poderes del Estado y, por otro, de la solidez de la formación profesional y ética de sus miembros. El procedimiento y los criterios aplicados para su elección desempeñan un papel decisivo.

Por nuestros limitados conocimientos y la índole de esta nota, no analizaremos los diversos aspectos de la mencionada sentencia. Nuestro interés es más bien de mostrar la manera deficiente como se toman algunas decisiones por los magistrados del Tribunal Constitucional.

La cuestión central planteada en el recurso de habeas corpus interpuesto era que se declare nulo el auto por el que se abrió instrucción contra el esposo de la recurrente, en razón de que los hechos denunciados habrían sido calificados utilizando pruebas ilícitas, por haber sido obtenidas mediante la interceptación indebida de conversaciones telefónicas.

Los magistrados del Tribunal Constitucional, además de discutir y resolver la cuestión central, aprovecharon la ocasión para abordar diversos temas más o menos relacionados con la procedencia del habeas corpus y el valor de la prueba ilícita en el dominio penal. En particular, sobre la amplitud y las restricciones de las libertades de expresión y de información, como factores indispensables del sistema democrático.

Así es como, en el párrafo 20 de la sentencia afirman, primero, que “[...] debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional [...] Asimismo debe precisarse que la divulgación de

las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que sea legítima".

Segundo, en el párrafo 23, después de recordar la garantía constitucional de la privacidad de las comunicaciones en general, estatuyen que "los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente".

Como era de esperarse, esta "directiva" fue percibida, con razón, tanto por juristas y político como por los periodistas (concernidos en primer plano), como una restricción abusiva de la libertad de información. En especial, porque se presentaba como una censura previa a la actividad de la prensa y, así mismo, como promotora de la impunidad, por ejemplo, en casos de corrupción.

Sin entrar en el fondo de lo discutido y establecido, nos parece oportuno destacar dos aspectos que conciernen el buen funcionamiento del Tribunal Constitucional. El primero, se refiere a la oportunidad de que se adopten criterios y directivas sobre cuestiones que no constituyen materia del proceso. Si bien resulta a veces necesario esclarecer ciertos temas para mejorar la comprensión de la argumentación en favor de la decisión que se va adoptar, no siempre es necesario pronunciar reglas que no corresponden a la litis. Generalmente, se acostumbra a dejar abierta la posibilidad de adoptarlas cuando sea planteado el problema.

El segundo está relacionado con el aspecto formal del dictado de la sentencia. Sucede que en la versión original, difundida en El Peruano el 7 de diciembre de 2010, se publicaron dos votos singulares de magistrados que se oponían a la adopción del párrafo 23. Lo que permitía deducir que éste había sido adoptado por la mayoría del plenario del Tribunal Constitucional. Sin embargo, seis días después, el 13 de diciembre, se difundió nuevamente la misma sentencia en el portal internet del Tribunal Constitución, agregándose dos votos singulares más, así mismos discrepantes con el párrafo 23. Lo que significaba que de los siete miembros del Tribunal Constitucional, la mayoría (cuatro) siempre estuvo en contra de este párrafo, por considerársele contrario a la libertad de información. Por tanto, no debió formar parte de la versión original de la sentencia.

Como señalábamos, en enero y respecto a la elaboración de leyes, también debemos indicar que no resulta claro cómo se elaboran y se establecen las sentencias del Tribunal Constitucional. ¿Cómo en tan pocos días puede cambiarse uno de los sentidos de una sentencia, sobre todo cuando concierne un asunto tan importante como la libertad de información? ¿Se trata de deficiente control en la redacción de la versión definitiva, de insuficiente dominio de la cuestión tratada o de incompetencia que facilitan las presiones políticas o sociales externas? Las deficiencias de esta índole no se corrigen con el dictado de una resolución aclaratoria como ha sucedido en el caso que comentamos. Además, si se hubiera tratado de una cuestión relativa a un ciudadano común y corriente, relacionada sólo con alguno de sus derechos individuales, tal vez la enmienda, en caso de que se produjera, no hubiera sido tan rápida y favorable a sus intereses.

El segundo aspecto se refiere a un tema con el que estamos más familiarizados: el derecho penal. Varios comentaristas han señalado, con acierto, que se equivocaron gravemente los magistrados del Tribunal Constitucional cuando, en el párrafo XX, de la sentencia declararon que comete delito quien difunde las informaciones obtenidas ilícitamente, mediante violación de la correspondencia. Así, no tuvieron en cuenta que nuestra

legislación penal sólo reprime el hecho de violar las comunicaciones privadas mediante intervenciones indebidas (art. 173 CP). De esta manera, en la sentencia se establecía, en contra del principio de la legalidad, un nuevo delito.

Fuera de que sea necesario completar el Código Penal con una nueva disposición para incriminar la difusión de las informaciones obtenidas mediante la interceptación ilegal de las comunicaciones privadas, como sucede en otras legislaciones (en las cuales también se establece en que circunstancias esta difusión es permitida), cabe destacar que este vacío legal no implica necesariamente impunidad de quien, periodista o no, comete dicho acto de divulgación. Como lo hemos afirmado en otras oportunidades, no hay que olvidar que el límite fundamental de la libertad de expresión y de información, según nuestro ordenamiento jurídico, es el Código Penal, en la medida en que se reprimen como delitos los comportamientos que perjudican o ponen en peligro el honor de las personas, individuales o jurídicas. Para lo cual, se deberá en particular probar la ilicitud del comportamiento y la culpabilidad del autor, para lo que deben analizarse las cuestiones de la *exemptio veritatis* y de la buena fe de quien es querellado por uno de esos delitos. Contexto en el cual, se tiene que valorar debidamente el conflicto de intereses y la proporcionalidad de los comportamientos en cuestión.

Por último señalemos que el asunto de la prueba ilícita no debe ser tratada de manera aislada, en el sentido de que si bien sería arbitrario condenar a alguien sólo en base de pruebas obtenidas o administradas indebidamente, no lo es en la medida que los hechos a que se refieren esas pruebas también están constatados por una serie de pruebas conformes al debido proceso. Esto no es incompatible con la autorregulación que los medios de comunicación y los periodistas individualmente deben practicar. Otra cosa, sin embargo, es saber cuán eficaz puede ser esta autolimitación, en consideración con los excesos que lamentablemente se dan en nuestro medio.

Si el Tribunal Constitucional debe ganar y mantener su autoridad como controlador de la constitucionalidad del sistema y lograr que sus resoluciones sean respetadas y seguidas, tiene que evitar andar dando tumbos. Las deficiencias formales y materiales que caracterizan tanto el procedimiento de dictar la sentencia como a ésta misma, desorientan crean desconfianza en todos los sectores de la sociedad.

Friburgo, febrero 2011