

# **EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS POLICÍAS Y MILITARES. FUNDAMENTOS QUE LEGITIMAN SU RECONOCIMIENTO A TRAVÉS DE LA PONDERACIÓN**

## **THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION OF THE POLICE AND MILITARY. FUNDAMENTALS THAT LEGITIMIZE ITS RECOGNITION THROUGH THE WEIGHTING**

Juan Carlos Portugal Sánchez<sup>1</sup>  
juancarlosportugalabogado@gmail.com

Docente de la Universidad de San Martín de Porres y de la Universidad Privada San Juan Bautista, Perú

Recibido: 22 de noviembre de 2015

Aceptado: 10 de diciembre de 2015

### **SUMARIO**

- Introducción
- La condición especial de determinados sujetos y el ejercicio limitado a sus derechos constitucionales
- El reconocimiento de derechos humanos a policías y militares en el Perú
- La censura previa como mecanismo legal de prohibición al derecho de expresión de policías y militares
- El test de proporcionalidad y su estructura de ponderación como fórmula intermedia. Fuentes de información.

### **RESUMEN**

El reconocimiento del derecho a las libertades comunicativas en los policías y militares encuentra en sus bienes jurídicos un firme obstáculo a su ejercicio, y en sus regímenes disciplinarios un mecanismo de censura capaz de limitar y controlar perversamente cualquier ámbito de actuación contrario a ello, aun cuando el acto comunicativo que se pretenda expresar sea de especial relevancia pública y tenga por propósito fomentar la transparencia en la actividad castrense. En tanto norma que limita derechos fundamentales, su análisis requiere superar un control de constitucionalidad que, en el caso particular, se realiza a través

del test de proporcionalidad. Analizados los pasos que componen su estructura, veremos que las restricciones a las normas concretas que limitan su ejercicio invaden al contenido esencial de este derecho. Ante este escenario, el autor propone una fórmula intermedia en dos supuestos específicos que equilibre y optimice el ejercicio relativo de este derecho con relación a los fundamentos jurídicos que le son oponibles.

### **PALABRAS CLAVES**

Libertades comunicativas, censura, garante, ponderación

### **ABSTRACT**

The recognition of the right to communication freedoms in the police and military in their legal assets a firm obstacle to its exercise, and its disciplinary regimes a mechanism of censorship capable of limiting and perversely control any area contrary to this action, even though the communicative act that is intended to express special public importance and has the purpose to promote transparency in military activity. Meanwhile rule limiting fundamental rights, its analysis requires a successfully passed constitutional control that, in the particular case, is carried through the test of proportionality. Analyzed the steps that make

1. Con estudios de especialización en Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional en la Escuela de Leyes de la American University - Washington College of Law, con certificación del Netherlands Institute of Human Rights. miembro del Instituto de Derechos Humanos José Luis Bustamante y Rivero.

up its structure, we see that the restrictions on specific rules that limit their exercise invade the substance of this right. Given this scenario, the author proposes an intermediate formula in two specific cases to balance and optimize the relative exercise of this right in relation to the legal bases that are opposable.

## KEYWORDS

Communicative freedoms, censorship, guarantor, weighting

## INTRODUCCIÓN

Estema recurrente en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional los estudios y trabajos relacionados a los derechos constitucionales, a sus ámbitos de interpretación y al análisis que desde los criterios de ponderación, ante un conflicto existente, se han desarrollado sobre ellos. Se hallan entre los más clásicos aquellos referidos a la problemática siempre existente entre la libertad a los derechos comunicativos (entiéndase expresión e información) frente a los derechos que tutelan el derecho al honor, privacidad e intimidad o con relación a los mecanismos de censura previa a través de espacios de protección a la infancia, adolescencia y/o apología al terrorismo.

No existe, sin embargo, o, más propiamente, no encontramos trabajos en la doctrina o en la casuística local e internacional un esfuerzo académico que pretenda esbozar una discusión acerca de las libertades comunicativas, y de estos en particular con los valores o bienes jurídicos de pertenencia castrense y su ejercicio en los policías y militares a través del uso de la ponderación como fórmula de resolución constitucional frente a determinados escenarios de contenido comunicativo.

## LA CONDICIÓN ESPECIAL DE DETERMINADOS SUJETOS Y EL EJERCICIO LIMITADO A SUS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Existen determinados sujetos cuyas actividades funcionariales encuentran ciertos límites al ejercicio de sus derechos constitucionales. Esto ocurre, a manera de ejemplo, con los límites materiales sobre las autoridades judiciales, trabajadores públicos y sobre policías y militares.

El artículo 184° numeral 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe la discrecionalidad

de reserva absoluta sobre asuntos de su conocimiento (STC Exp. N° 2465-2004-AA-TC, 2004); así también, el Decreto Legislativo N.° 276, normativa que regula el régimen laboral de algunos trabajadores de la Administración Pública, a través del artículo 23° inciso d) establece la prohibición a los servidores públicos a emitir opinión a través de los medios de comunicación social sobre asuntos del Estado, salvo autorización expresa de la autoridad competente (STC Exp. N° 866-2000-AA-TC).

Las restricciones a los policías y militares se encuentran establecidas en el artículo 14.° del Decreto Legislativo N.° 1150 –Ley del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú–<sup>2</sup>, y en el artículo 9.° del Decreto Legislativo N.° 1145, Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas<sup>3</sup>.

## Fundamentos que restringen el ejercicio de los derechos constitucionales en el personal castrense

### *La naturaleza y finalidad constitucional.*

El fundamento de restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales obedece, en esencia, a que la norma constitucional ha instituido en ellos diversas labores que deben ser rigurosamente cumplidas, descartando con ello el ejercicio y desarrollo de otras actividades que constitucionalmente no les compete, como podría ser, por ejemplo, la capacidad de cuestionar o disentir de las acciones de gobierno o el ejercicio de derechos fundamentales para protestar o denunciar actos que atenten contra su propia institución.

### *La vigencia de sus bienes jurídicos.*

Constituye la razón de mayor legitimación a su ejercicio, así, su posición de garante respecto a los deberes de protección que asumen socialmente impide el reconocimiento y

2. "Relación con los medios de comunicación", señala expresamente que el personal policial podrá informar a través de los medios de comunicación social sobre las actividades que por función o servicio policial desarrolla cuando tenga autorización expresa de su comando o de los órganos encargados del Sistema de Información y Comunicación Social de la institución.

3. "Regulación en el ejercicio de algunos derechos constitucionales", dispone lo siguiente: "La condición de militar conlleva, para el desempeño de sus funciones militares, la regulación del ejercicio de determinados derechos fundamentales de la persona, consagrados en la Constitución Política del Perú. Estos son los siguientes: a) a la libertad de información, opinión, expresión y difusión de pensamiento en relación con asuntos de seguridad nacional, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno [...] k) a deliberar en asuntos públicos y de seguridad nacional".

efectivo goce de determinados derechos con el propósito de optimizar la protección de bienes jurídicos inherentes a su protección y tutela. Nos referimos, pues, a la seguridad nacional, a la jerarquía y disciplina, la obediencia debida, el mandato constitucional de no deliberación, a los que en párrafos posteriores me detendré para su correspondiente análisis.

En definitiva, cada uno de estos bienes jurídicos encuentra una relación directa y legítima en el ejercicio a este derecho. Si bien muchos de ellos operan de manera irrazonable y desproporcional con los objetivos institucionales que se pretende tutelar –e incluso muchos de ellos simplemente operan de manera abstracta, discrecional y estrictamente arbitraria–, son, finalmente, límites expresos que intervienen por excelencia en cualquier caso en el que existe una opinión o expresión de algún agente uniformado.

## **EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS A POLICÍAS Y MILITARES EN EL PERÚ**

### **El reconocimiento legislativo del derecho al voto**

En marzo del año 2006 se produjo un hecho histórico en nuestro país. Mediante la Ley N.º 28480, el Congreso de la República reconoció, luego de 185 años desde nuestra independencia, el derecho de participación política directa a los integrantes de las fuerzas armadas y policiales, expresada en el reconocimiento del derecho a la participación política a través del derecho al voto. Desde aquel momento, hasta la actualidad, los militares y policías son ciudadanos con derecho a sufragar y concurrir a las urnas cuando la situación electoral y democrática así lo amerite.

### **Reconocimiento a nivel judicial**

Los casos de cadetes embarazadas en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional constituyen aportes trascendentales para el reconocimiento normativo de derechos humanos que hasta aquel momento eran simplemente meras aspiraciones políticas e individuales. El común denominador en estos casos encuentra una marcada influencia de choque entre el ejercicio de algunos derechos –como el ser madre, a fundar una familia, derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación– con los bienes jurídicos de relevancia castrense. Las respuestas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, en uno y otro caso, fueron

los siguientes: 1) los derechos humanos son preexistentes a cualquier creación de órganos castrenses; 2) el ejercicio y reconocimiento de los derechos no puede sujetarse ni quedar condicionada a una voluntad institucional o de determinadas personas; 3) los límites, en todo caso, no pueden ser razonables y sus sanciones proporcionales, adoptando las medidas menos lesivas.

## **LA CENSURA PREVIA COMO MECANISMO LEGAL DE PROHIBICIÓN AL DERECHO DE EXPRESIÓN DE POLICÍAS Y MILITARES**

La Constitución de 1993 establece de manera categórica en su artículo 2.º numeral 4 que la libertad de expresión se ejerce *sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley*. Se consagra de esta forma la opción constitucional de prohibir la censura previa y hacer efectivas en forma posterior las responsabilidades a que hubiese lugar por un ejercicio de la libertad de expresión contrario a otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. El reconocimiento a nivel comparado y a nivel de los tribunales internacionales sobre derechos humanos se encuentra orientado también en esa línea<sup>4</sup>.

La censura es una de las formas más radicales que se utilizan para impedir la circulación de ideas e informaciones, situación que invita a conceptualarla.

Desde nuestra posición, este mecanismo viene siendo utilizado en la práctica como un escondite provisional y amordazamiento de grandes denuncias y acusaciones sobre numerosos delitos e irregularidades a nivel de las principales autoridades de las instituciones castrenses. Ha servido también como un efecto disuasivo y amedrentador en aquellos ciudadanos uniformados conocedores de estas graves situaciones, en virtud de las gravísimas e inflexibles sanciones de las que pueden ser parte por el hecho de ejercer legítimamente este derecho de expresar o comunicar.

La censura a las libertades comunicativas en el ámbito policial se encuentra establecida de manera directa a nivel de sus regímenes y reglamentos administrativo-disciplinarios.

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. En igual sentido, caso Olmedo Bustos “La Última Tentación de Cristo vs. Chile”.

## La Ley del Régimen Disciplinario de la PNP

La Ley N.º 29356, promulgada el 10 de mayo del año 2009, Ley del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú regula y sanciona las infracciones cometidas por el personal policial en situación de actividad, en cumplimiento de las funciones directamente relacionadas con sus diferentes bienes jurídicos, señalados en su artículo primero, tales como la ética, la disciplina, el servicio policial y la imagen institucional. Verbigracia, el artículo decimoquinto señala lo siguiente:

**Artículo 15º. Relación con los medios de comunicación:** *el personal de la Policía Nacional del Perú no puede emitir opinión, declarar o informar, a través de los medios de comunicación social, sin autorización de su director general o de su comando, previa coordinación con la Alta Dirección del Ministerio del Interior. Su participación solo está circunscrita a fortalecer la imagen institucional. (Ley N.º 29356, 2009)*

Tres precisiones respecto a ello:

- La norma no solamente prohíbe dos formas de manifestación del derecho a la libertad de expresión, tanto en su sentido individual como colectivo, sino también su principal efecto consecuente, vale decir, el derecho a la información, igualmente restringido en estos dos sentidos de manifestación.
- La norma adopta dos alternativas al concesorio previamente autorizado de la expresión o información. Señala que este asentimiento puede hacerlo tanto su comando como el director general de la institución, no existiendo *prima facie* una preferencia expresa de uno u otra establecida en la ley. Sin embargo, desde una apreciación subordinada y jerarquizada, cuando a continuación apreciamos que la ley establece como requisito una “previa coordinación con el Ministerio del Interior”, concluimos que esta autorización deberá ser realizada de modo gradual y en cada jerárquica de posiciones; esto es, en un primer momento al jefe de su comando policial inmediato y superior; para luego, en un segundo momento, ser confirmada por el director general de la institución en

su condición de máxima autoridad y cargo ejecutivo-funcional, para, finalmente, no bastando con ambos, un tercer y definitivo pronunciamiento –a título de coordinación– del ministro encargado del sector del Interior, al quien estructuralmente pertenece la institución policial.

- Advertimos un acto condicionante establecido a cualquier expresión. Nos referiremos al agregado de “su participación solo está circunscrita a fortalecer la imagen institucional”, en virtud del cual el contenido de las expresiones o informaciones, además de haber estado previamente autorizadas por la cadena antedicha, debe circunscribirse única y exclusivamente a fortalecer, promover o alentar la imagen institucional. Existen dos efectos nocivos del texto citado. El primero de ellos se encuentra relacionado a la única opción de contenido expresivo con las que cuenta la autoridad respectiva para otorgar autorización a la comunicación como claramente se señala en la referida norma legal. En ese sentido, se aceptarán aquellas expresiones o informaciones que generen posiciones favorables y de reconocimiento a la imagen institucional, rechazando de manera absoluta todas aquellas que, por el contrario, generen críticas, posiciones contradictorias o desfavorables hacia ella. El segundo está relacionado a las sanciones administrativas y penales que en uno y otro lado se podrían concretar.

## La promulgación del Decreto Legislativo N.º 1150

En mérito a una delegación de facultades (Ley N.º 29915), el Poder Ejecutivo emitió el 11 de diciembre de 2012, un paquete de decretos legislativos (14 en total) orientado a buscar una reforma positiva en las instituciones policiales y militares. Entre ellos se emitió una nueva modificación al régimen disciplinario de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas<sup>5</sup>. Esta norma trae consigo algunas importantes modificaciones en la regulación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los policías; sin embargo, si nos detenemos a analizar cuidadosamente el sentido literal de

5. Según las disposiciones finales de dicha norma, este decreto legislativo entrará en vigencia luego de 45 días de su emisión, de manera paralela con su respectivo reglamento.

su regulación, nos daremos cuenta de que esta nueva legislación disciplinaria no es más que una técnica legislativa distinta en su formalidad, pero idéntica en lo sustancialmente relevante para ser considerada como una legislación con cambios significativos y trascendentes<sup>6</sup>.

En esta nueva regulación, la coordinación sobre la autorización de una determinada expresión para ser difundida en los medios de comunicación social ya no se encuentra expresada en el asentimiento del director general de la PNP de manera conjunta con la Alta Dirección del Ministerio del Interior, manifestada en el ministro del sector, sino en una autorización expresada a cargo del comando o de los órganos encargados del Sistema de Información y Comunicación Social de la institución policial. Pareciera ser que esta es la modificación más sustancial y ventajosa en este nuevo régimen disciplinario en virtud a este rompimiento legal en el filtro de autorización expresamente señalada en los funcionarios policiales de mayor jerarquía. Sin embargo, como veremos a continuación, resulta ser lo mismo.

Partimos, entonces, por la siguiente pregunta: ¿qué son o en qué consisten los órganos encargados del Sistema de Información y Comunicación Social de la Policía Nacional? Son órganos creados para centralizar e intermediar administrativamente en cualquier comunicación que desee realizar algún efectivo policial en situación de actividad. Más allá de su regulación legal, nos importa conocer su modo de operación y ejecución jerárquica en el campo práctico. Estos órganos, en plural, encargados del Sistema de Información y Comunicación Social de la institución policial, encuentran en la Dirección de Información de la PNP (la cual cuenta, asimismo, con una Oficina de Información) a su único y principal órgano de ejecución de comunicación social, encargado de recibir y tramitar los diferentes tipos de comunicación que pueda realizar algún miembro policial. El trámite es el siguiente:

6 El artículo 14.º lleva por título "Relación con los medios de comunicación social" y señala lo siguiente: "El personal de la Policía Nacional del Perú podrá informar a través de los medios de comunicación social cuando tenga autorización expresa de su comando o de los órganos encargados del Sistema de Información y Comunicación Social de la institución, sobre las actividades que por función o servicio policial desarrolla. Igual procedimiento deberá observar cuando se requiera relación con los medios de comunicación por razones personales".

- La solicitud de una comunicación o expresión a cargo de un determinado miembro policial, ingresada a la mesa de partes de dicho órgano.
- El jefe de esta oficina, a cargo de un coronel, remitirá el pedido de solicitud de expresión o comunicación al director general de la PNP con la finalidad de ser analizado y evaluado para ser posteriormente autorizado.
- El director general de la PNP, *motu proprio* o por intermedio de sus asesores legales, evaluará dicha solicitud. En algunos casos, si así se encuentra establecido en la solicitud y si así lo determina el director general, podrá realizarse una audiencia en al que el efectivo solicitante podrá de manera personal exponer las razones de su solicitud.
- Hecho esto, decidirá de manera escrita o simplemente por conducto verbal (no existe una normativa que precise que el modo de respuesta deberá ser realizado de manera escrita o verbal) si dicha expresión o comunicación será o no autorizada para su divulgación.
- De manera inversa, con la respuesta positiva o negativa, la solicitud retorna al jefe de la Oficina de Información.
- Finalmente, este último será el encargado de entregar la respuesta oficial de expresión o comunicación al miembro policial solicitante. Contra dicha respuesta no cabe recurso administrativo ni legal alguno.

El trámite desarrollado termina constituyendo nuevamente un canal previo de autorización oficial a cargo de las máximas autoridades de la institución policial. Es, pues, en buen cristiano, un mecanismo continuado de censura.

### **Las infracciones y sanciones administrativas establecidas en el Decreto Legislativo N.º 1150**

Este régimen disciplinario establece sanciones en intensidad leve, grave y muy grave a cada una de las infracciones administrativo-disciplinarias generadas en relación con el derecho a la libertad de expresión y pensamiento cometida por personal policial. Dado el propósito del presente artículo, me referiré únicamente a tres de ellas, cito:

ANEXO II y III (TABLA DE SANCIONES GRAVES Y MUY GRAVES)		
HECHO IMPUTADO	SANCIÓN (ES)	DERECHO LIMITADO
Emitir opinión sobre asuntos relacionados a la PNP haciendo uso de los medios de comunicación social, sin autorización del comando.	Desde 1 día hasta 4 días de sanción de arresto de rigor.	Libertad de expresión y pensamiento
Formular declaración o comentario no autorizado en forma pública sobre asuntos que afecten la imagen y prestigio institucionales.	Pase a la situación de disponibilidad de 1 a 2 años	Libertad de expresión y pensamiento
Difundir o promover ideas o rumores que vayan en contra de la cohesión institucional, que propicien el desorden o confusión o que afecten la imagen o el honor de sus miembros.	Pase a la situación de disponibilidad de 1 a 2 años	Libertad de expresión y pensamiento

Comentaremos algunos asuntos que consideramos relevante destacar.

- La sanción también reposa en el derecho de expresión y pensamiento, y no sobre el derecho a la libertad de información. Los términos emitir opinión, formular comentario o declaración y difundir o promover ideas traen consigo contenidos relacionados a prohibir determinados juicios de valor u opiniones en general, y no así juicios de hecho o afirmaciones con posterior carga de probanza de veracidad en lo dicho. En estricto, con el texto planteado, los términos que intentan definir las formas prohibidas de realización de las conductas de reproche disciplinario son contrarios en forma y fondo a las disposiciones y decisiones constitucionales e internacionales. Y es que las opiniones en general –sean estas de efecto o proyección intensa o leve–, juicios de valor –sean estos favorables, ventajosos o positivos, o bien sean críticas de reproche, desfavorables o perjudiciales–, consideraciones o comentarios en general, cualesquiera su nomenclatura o denominación, universalmente no pueden ser perseguidas, investigadas y tanto menos

condenadas por ningún motivo, aunque estos contengan contenido de carácter político, administrativo-disciplinario o judicial.

- Un claro ejemplo de ello se encuentra constituido en la primera de las infracciones disciplinarias señaladas en el cuadro anterior, cuyo texto reza de la siguiente manera: “Emitir opinión sobre asuntos relacionados a la PNP haciendo uso de los medios de comunicación social, sin autorización del Comando”. Aquí se aprecia el término *emitir opinión* de manera literal y expresa. Bajo esta sola condición, esta infracción no tendría ninguna significación ni efecto legal en sus consecuencias, sin embargo, desde un sentido estricto de legalidad, que por extensión constitucional se aplica también a la producción y creación en las infracciones disciplinarias de carácter administrativo, los términos que continúan la descripción de la referida norma, evidencian un alto contenido de subjetividad e imprecisión, lo que es igualmente reprochable.

Bajo un análisis desde su sentido literal, si la infracción prohíbe la opinión sobre asuntos

relacionados de la institución policial sin autorización del respectivo comando, a contrario sensu a esta afirmación, todas aquellas opiniones que no se encuentren vinculadas con estos contenidos podrán ser normalmente emitidas y difundidas sin ningún tipo de freno práctico y sin la debida autorización del comando policial. Naturalmente, esto origina una grave confusión y problema de apreciación no solamente en el policía o militar emisor de la opinión, sino además en las autoridades encargadas de evaluar dicha comunicación. En el primero de ellos, la confusión se originará en el contenido de lo que se pretende declarar.

- La descripción “forma pública sobre asuntos que afecten la imagen y prestigio institucional” es también bastante ambigua, confusa y sujeta a diferentes e indeterminadas variables de interpretación. Esta se limita literalmente a establecer la prohibición directa de emitir declaraciones u opiniones sola y exclusivamente acerca de la institución a la cual pertenece el declarando y no, *a contrario sensu*, bajo esta interpretación literal de la propia norma sancionatoria, de aquellos sucesos, hechos o circunstancias pertenecientes a otras instituciones públicas, organismos constitucionalmente autónomos o a las propios poderes políticos constituidos. Esto porque si bien se comparten algunos criterios de interpretación, regulación y sanción, además de coincidir en los bienes jurídicos de tutela normativa, en estricto, no son organismos similares a nivel de su estructura, atribución y nominación.

Entre tanto la censura a las libertades comunicativas en el ámbito militar se encuentra de la misma manera establecida a nivel de sus regímenes y reglamentos administrativo-disciplinarios.

Ahora bien, de otro lado, la censura al ejercicio de la libertad de expresión en el ámbito militar se encuentra regulada en el ámbito de su régimen disciplinario, muy particularmente en los supuestos de hecho, en la descripción de la conducta prohibida, en el ámbito de ejecución y en el reglamento de administración disciplinaria.

### **La Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas – Ley N° 29131**

La Ley N.º 29131, Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, promulgada el 8 de noviembre del año 2007, en virtud de su articulado primero, tiene por finalidad prevenir, regular y sancionar las infracciones cometidas por el personal militar en situación de actividad, sustentadas en sus bienes jurídicos de tutela, como la disciplina, la obediencia, el orden, los deberes, la jerarquía y subordinación, la ética, el honor, el espíritu militar y el decoro. El respeto a la conservación de estos bienes jurídicos, como expresamente se señala en la referida norma, deberá realizarse con estricta sujeción al ordenamiento constitucional, leyes y reglamentos que las norman.

Así pues, bajo la denominación “Regulación en el ejercicio de algunos derechos constitucionales”, su artículo noveno establece lo siguiente:

*La condición de militar conlleva, para el desempeño de sus funciones militares, la regulación del ejercicio de determinados derechos fundamentales de la persona, consagrados en la Constitución Política del Perú. Estos son los siguientes: a. A la libertad de información, opinión, expresión y difusión de pensamiento en relación con asuntos de seguridad nacional sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno. [...] k. A deliberar en asuntos públicos y de seguridad nacional. (Ley N.º 29131, 2007)*

Tres comentarios a esta norma.

En primer lugar, a diferencia del régimen policial, esta norma establece de manera abstracta y general una descripción que simplemente se limita a establecer ciertos límites a determinados derechos fundamentales de naturaleza civil y política. No existe, en ese sentido, una conducta exacta, algo precisa ni tanto menos una definición que establezca las condiciones indispensables de seguridad jurídica que tiene toda conducta originada en un mandato legal prohibitivo.

Como segundo comentario, a partir de este defecto, su regulación no alude directa ni

indirectamente a alguna autorización o consentimiento previo que deba de modo obligatorio realizarse ante alguna entidad o autoridad militar determinada. No se advierte, en ese sentido, la existencia de grados jerárquicos encargados o legitimados para permitir anticipadamente una determinada expresión o información. Luego, como consecuencia de ello, tampoco existe condicionamiento alguno sobre el contenido de la expresión o información con cuya imposición no solamente se limite el ejercicio regular de este derecho, sino, además, y lo más grave de todo, se atente contra la estructura del contenido esencial de este derecho prohibiendo cualquier expresión.

En tercer lugar, coincidimos con que la norma establezca la restricción de este derecho en asuntos de seguridad nacional, en virtud a su naturaleza de protección confidencial, secreta y de interés excluyente del conocimiento público. Muchas de estas informaciones se encuentran relacionadas a la información clasificada y reservada de un sector militar determinado, en relación con asuntos de inteligencia nacional, inteligencia contrasubversiva, asuntos vinculados a la preparación, logística, planes de operación y ejecución hacia determinados frentes estatales o interestatales, entre otros de similar gravedad.

La regulación de la frase *asuntos públicos* constituye un concepto peligroso tanto para el emisor de la declaración capaz de realizar un razonamiento restrictivo o abierto de este concepto como para aquel legitimado para pronunciarse sobre su idóneo alcance y ámbito de tutela. Y es que estos pueden manifestarse de diferentes maneras; puede ser un asunto de interés público aquel relacionado a un hecho de carácter político; puede serlo también un asunto que involucre de modo favorable o desfavorable a la institución a la cual pertenece; pueden también, bajo esa lógica abstracta, ser escenarios de carácter cultural, social y hasta deportivo, que no necesariamente vinculen de modo directo los actos de servicio militar o manifestaciones de representación funcional con el cargo o desempeño de ocupación. Un asunto público adquiere esta condición cuando este hecho que lo hace precisamente de interés público se encuentra en la convivencia deliberativa o de conocimiento directo de un sector de la sociedad.

#### **El Decreto Supremo N° 004-2008-DE: Reglamento de la Ley N° 29131**

Identificamos tres conductas cuyo contenido reprocha el ejercicio de las libertades comunicativas de los efectivos militares.

Difundir o promover ideas, rumores o anónimos que vayan en contra de la cohesión institucional o que afecten la imagen o el honor de sus miembros.	Desde 1 hasta 5 días de arresto de rigor	Derecho a la libertad de expresión y pensamiento
Deliberar sobre asuntos políticos y de seguridad nacional sin autorización.	Desde 6 hasta 15 días de arresto de rigor, retraso, disponibilidad, retiro, baja o resolución de contrato	Derecho a la libertad de expresión y pensamiento
Expresarse públicamente mal de la institución o instituciones armadas.	Desde 6 hasta 15 días de arresto de rigor, retraso, disponibilidad, retiro, baja o resolución de contrato	Derecho a la libertad de expresión y pensamiento



Aquí se agrega la prohibición de declarar sobre asuntos de naturaleza política. Sin embargo, pese a este propósito, conservamos nuestra posición en torno a las situaciones o hechos de carácter institucional que, sin ser estrictamente públicos, adquieren esta condición una vez manifestados al eco de la colectividad. La expresión o información sobre una determinada situación no conocida públicamente, sea o no de carácter político, y puesta en la palestra del conocimiento público no calza dentro de esta prohibición sostenida a nivel reglamentario. La conducta de reproche disciplinario, en esta situación, sería continuar con el ejercicio de la expresión o información una vez ingresada en el ámbito de la relevancia pública, independientemente de lo que allí se pueda decir.

La segunda conducta es también prueba de ello. Lejos de cualquier preocupación y transparencia institucional en tutelar sus diferentes bienes jurídicos legales y constitucionales, lo que está detrás de todo esto es única y exclusivamente censurar cualquier contenido comunicativo o expresivo que pretenda revelar hechos o conductas que rompan el estado de cosas ilegales e irregularidades con la que año tras año vienen conviviendo nuestras instituciones castrenses. El hecho *—expresarse públicamente mal de la institución o instituciones armadas—* de haber incorporado esta conducta expresa un argumento parecido a una construcción de dogma institucional, aceptando como única conducta aquella apropiada y conveniente para la estructura institucional, para los oídos de aquellas autoridades ubicadas en grados jerárquicamente altos y que ante esta situación no ven arriesgados sus cargos, privilegiando su posición en desmérito a la democracia constitucional y a todo lo que ello involucra.

Estos mismos problemas se extienden también en el ámbito de la determinación administrativa de la sanción concreta. Para ambas conductas existen hasta cinco sanciones, quedando una vez más a la discrecionalidad y arbitrariedad de la autoridad administrativa encargada de sancionarlas.

## **EL TEST DE PROPORCIONALIDAD Y SU ESTRUCTURA DE PONDERACIÓN COMO FÓRMULA INTERMEDIA**

Corresponde ahora determinar si las conductas constitutivas de infracción al contenido del derecho a las libertades comunicativas son afines a un control constitucional a través del test de proporcionalidad. Si los límites a este derecho fundamental logran ser superados, se estará ante una medida compatible con su ejercicio; en caso contrario, el límite será considerado como arbitrario y, por lo tanto, lesivo de la libertad de expresión. Si esto es así, corresponde reputarla de inconstitucional.

### **Primer paso: delimitación del contenido del derecho objeto de la restricción**

Corresponde realizar una delimitación constitucional del contenido de protección normativa establecido para el derecho a la libertad de expresión, luego, realizar una confrontación normativa con cada uno de los límites materiales constituidos en sus bienes jurídicos que le son oponibles. A nivel de nuestra doctrina constitucional, son las definiciones del profesor Mendoza Escalante la que, a nuestro juicio, representa la de mayor acierto normativo. Así, según Mendoza (2007):

*[E]l ámbito de protección constitucional de la libertad de expresión está conformado por un bien iusfundamental consistente en la acción libre de exteriorizaciones o comunicación de pensamientos (ideas) y opiniones. Como correlato de esta libertad, se configura una prohibición de intervención tanto frente al Estado como frente a particulares. El acto expresivo puede manifestar cualquier tipo de pensamiento u opinión, incluso las más hostiles e incómodas. La comunicación del objeto expresivo (pensamiento u opinión) puede efectuarse a través de diversas formas: lingüísticamente, simbólica o artísticamente, o a través de una conducta [...]. (p. 113)*

Así también, el Acuerdo Plenario N.º 03/2005-CJ/116 se aproxima de alguna manera a lo que hemos venido sosteniendo sobre el contenido

relativo y esencial del derecho a la libertad de expresión.

*[D]entro de su contenido se encuentran todas aquellas opiniones y pensamientos, expresados desde diversos ámbitos, sin importar la naturaleza y consecuencia de la emisión de esa opinión. La protección constitucional aquí radica en evitar cualquier intervención, restricción o alteración a su libre ejercicio, impidiendo obstáculo normativo o fáctico que en la práctica termine impidiendo tal propósito. Y, en efecto, se busca impedir cualquier grado de perturbación a la opinión o expresión libre en virtud a su naturaleza subjetiva y estrictamente personal; en tanto que al ser un juicio de valor derivado directamente de un determinado pensamiento; sea este negativo o positivo, bueno o malo, de respaldo o rechazo social; viene directamente dirigido de un grado de razonamiento interno y personal que no puede ser interpretado ni manipulado. En ese sentido, cualquier disposición judicial, legislativa o incluso de un particular que pretenda injerir en dicho escenario, y en ese sentido, vaciar de contenido constitucional a su goce y ejercicio material, se tendrá por arbitrario y en consecuencia, de pleno rechazo. (Acuerdo Plenario N.º 03-2006/CJ-116)*

### **Segundo paso: identificación del objetivo que se desea alcanzar mediante la restricción**

Los bienes jurídicos exclusivos en el ámbito militar y policial actúan como objetivos legítimos a la libertad de expresión de sus integrantes. Para situarnos en este efecto, conceptuaremos la definición en cada una de ellas.

- **La seguridad nacional:** la libertad de expresión puede ser restringida con la finalidad de garantizar la seguridad nacional. No obstante de que este objetivo no cuente con respaldo expreso a nivel de nuestra carta fundacional, la norma internacional sí la regula<sup>7</sup>. Son dos los instrumentos

internacionales que así lo precisan; por un lado, el artículo 13º inciso 2) literal b de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 19º inciso 3) literal b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Decreto Legislativo N.º 1145, que regula las infracciones y sanciones administrativo-disciplinarias contenidas en la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, establece también la prohibición de expresión y pensamiento a todo militar en relación con la deliberación sobre asuntos políticos y de seguridad nacional. En esa línea, con la finalidad de proteger la seguridad nacional y defensa del Estado, se han adoptado algunos delitos que tienen por finalidad impedir o prohibir la revelación o acceso de información de carácter secreto y confidencial que puedan poner en peligro o riesgo fundado dicha seguridad.

Con todo, la seguridad nacional y la defensa por la integridad e intangibilidad de nuestro país, así como todo aquello vinculado a estas finalidades constitucionales asignadas al sector castrense, son innegables objetivos de limitación al ejercicio de cualquier derecho fundamental, incluido, naturalmente, el derecho a la libertad de expresión y pensamiento.

- **La disciplina:** a nuestro juicio, la disciplina castrense se encuentra dentro de aquellos objetivos abstractos o implícitamente reconocidos en nuestro texto constitucional y legal. Así lo afirmamos porque ni en nuestra Constitución Política ni en la normativa castrense, principalmente aquellas referidas a sus regímenes disciplinarios, existe algún señalamiento o acaso aproximación en calificar a la disciplina castrense como un objetivo legítimo de restricción del ejercicio a la libertad de expresión del personal policial y militar. Sin embargo, decimos que sí tiene la categoría de objetivo implícito, porque a nivel de los delitos regulados en el Código de Justicia Militar-Policial, de manera concreta en el delito de desobediencia, y en

censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: [...] b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". (Sí existe la fuente, y es la que alude líneas arriba, esto es: Convención Americana sobre Derechos Humanos. En todo caso, la afino y coloco el artículo pertinente omitido).

7. Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión: "2) El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa

las infracciones señaladas en los regímenes de naturaleza administrativo-sancionadora visto líneas atrás, comprende a nivel normativo y casuístico, un bien jurídico de pertenencia castrense y reconocimiento constitucional. Son dos las razones que la motivan.

En primer lugar, en razón a su reconocimiento legal implícito. Así, en vía de remisión, el artículo 168.º de la norma constitucional establece que la institución castrense tendrá sus propios reglamentos y normativa para regular la disciplina y obediencia. En ese sentido, articulándola en el seno de su normativa legal, concretamente con el artículo quinto de la Ley del Régimen Administrativo de la Policía Nacional del Perú, Decreto Legislativo N.º 1150, se establece que el cumplimiento adecuado de la función policial se fundamenta en la necesidad de privilegiar y salvaguardar los bienes jurídicos constituidos por la ética policial, la disciplina policial –*conciéndola como el acatamiento consciente de las órdenes del comando y de la normativa vigente, permitiendo exigir y obtener del subordinado la ejecución de las órdenes impartidas y el cumplimiento de los objetivos y deberes policiales*–, el servicio policial y la imagen institucional, los cuales se constituyen como bienes jurídicos imprescindibles para el desempeño adecuado de la función policial y el desarrollo institucional.

En el ámbito militar, el Decreto Legislativo N.º 1145, Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, señala en su artículo primero que la referida ley tendrá por objeto el fortalecimiento de la disciplina, la prevención de las infracciones de carácter disciplinario en que pudiera incurrir el personal militar, la regulación de las infracciones y sanciones, sustentadas en la disciplina, la obediencia, el orden, los deberes, la jerarquía y subordinación, la capacidad operativa y logística, y la ética, el honor, el espíritu militar y decoro, con sujeción al ordenamiento constitucional, leyes y reglamentos que las norman. En ambos regímenes disciplinarios, en consecuencia, la disciplina se presenta como un valor y bien exclusivo de naturaleza castrense.

- **La obediencia debida:** estos deberes se proyectan en dos sentidos: *en sentido personal*, de quien la realiza, como expresión de respeto, lealtad y reconocimiento a su propia institución; y *en sentido institucional*, porque esta espera del ejecutante una respuesta adecuada a sus expectativas y porque, además, principalmente, encarnan en sí mismos, un respeto a los bienes y valores jurídicos manifestados en la obediencia y disciplina.

La Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas señala como objetivo en su artículo primero el fortalecimiento de la disciplina, la prevención de las infracciones de carácter disciplinario en que pudiera incurrir el personal militar, la regulación de las infracciones y sanciones sustentada en la disciplina, la obediencia, el orden, los deberes, la jerarquía y subordinación, la capacidad operativa y logística, y la ética, el honor, el espíritu militar y decoro con sujeción al ordenamiento constitucional, leyes y reglamentos que las norman.

La obediencia castrense, como bien institucional, termina en la norma –*en virtud a las censuras y prohibiciones condicionantes establecidas en la norma*– y en la práctica –*en virtud a las represiones penales y disciplinarias graves que en los hechos terminan disuadiéndolos*–, originando objetivos legítimos de restricción al ejercicio de la libertad de expresión en cada uno de sus miembros.

- **La jerarquía y subordinación:** la jerarquía y subordinación castrense también constituyen un objeto de naturaleza implícita en la restricción al ejercicio de los derechos de libertad de expresión del personal militar y policial. En el marco de su normativa interna, observamos constantes referencias al carácter de subordinación y jerarquización de sus miembros. A título de ejemplo, la legislación disciplinaria policial señala en su artículo décimo noveno la existencia de una subordinación hacia el superior en razón del grado, antigüedad o cargo, ejerciéndola de grado a grado y manteniendo a cada cual en el ámbito de sus deberes y derechos. En similares condiciones, esta vez en el marco del régimen disciplinario de las Fuerzas

Armadas, a través de su artículo octavo<sup>8</sup>, se señala lo mismo pero se agrega que esta jerarquía se establecerá en función a la categoría y grado militar, de conformidad con la normativa sobre la materia.

Sin perjuicio del obstáculo que en la práctica constituye la jerarquía y la subordinación militar en el ejercicio libre de numerosos derechos fundamentales, a nivel de la legislación también termina siendo un mecanismo de objetivo legítimo para su ejercicio libre y regular. La sola condición de la autorización previa para ejercer este derecho, sea a través de una opinión o información, como expresión de respeto y subsistencia de la subordinación y jerarquía como bienes jurídicos de protección militar y policial también puede ser reconocido como un objetivo legítimo para restringir este derecho.

- **La no deliberación y sometimiento al poder constitucional:** *supra* señalamos que las fuerzas armadas y policiales fueron creadas desde una perspectiva estrictamente sujeta a los mandatos de obediencia y disciplina absoluta y, ciertamente, sobre esta posición de especial relevancia asumida institucionalmente en el seno de la estructura política diseñada por nuestra Constitución Política, se encuentran totalmente desvinculadas de cualquier actuación de carácter político o gubernamental que pueda comprometer esas características y principios de neutralidad e imparcialidad en el desarrollo funcional de sus actuaciones y deberes. Esta situación se traduce en dos puntos:
  - En el servicio funcional incondicionado e ilimitado en favor del poder constitucional, del Gobierno y del Estado.
  - En el carácter de subordinación directa e inmediata al régimen gubernativo y como acto relacional de aquello, en la prohibición de crítica, rechazo o cuestionamiento a las autoridades gubernativas y a las acciones desarrolladas en el marco de sus funciones. El carácter de neutralidad e imparcialidad, como principio rector en el obrar institucional e individual en cada uno de sus miembros, cobra aquí mayor relevancia.

8. "Existe subordinación hacia el superior en razón del grado, antigüedad o cargo. Se ejerce jerárquicamente de grado a grado, manteniendo a cada cual en el ámbito de sus deberes y derechos".

Resulta claro que este criterio de no deliberancia constituye un objetivo legítimo y expreso establecido a nivel de nuestra carta constitucional, bajo cuyo contenido se pretende proteger la integridad y existencia estructural de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Es pues en este mandato, de prohibición de deliberancia, en el que se encuentran integrados todos los bienes jurídicos y valores constitucionales que hasta el momento venimos desarrollando.

### **Tercer paso: evaluar el criterio de idoneidad**

En concepto resumido, este criterio se encuentra estructurado en dos ámbitos, uno seguido del otro. Uno primero tiene que ver con la identificación de un fin de relevancia constitucional, que, como expresamos líneas arriba, está caracterizado a través de un derecho, valor o bien de este grado de trascendencia normativa; y uno segundo, relacionado a comprobar si la medida o norma legislativa establecida como medio de restricción de ese derecho, bien o valor es lo suficientemente idónea para lograr tal finalidad constitucional.

Con relación al primero, estos bienes o valores constitucionales se ubican y caracterizan en aquellos que limitan el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión de los policías y militares en situación de actividad, y que hemos definido líneas atrás. Son concretamente: a) la seguridad y soberanía nacional; b) el orden público asociado a la protección de la seguridad ciudadana; c) la jerarquía y subordinación policial y militar; d) la obediencia medida; e) la disciplina; y, finalmente, f) la no deliberancia, como bien jurídico que arropa a todos ellos. La relevancia constitucional de estos bienes jurídicos fue desarrollada al momento de analizar la validez de su justificación como objetivo constitucional. Nos remitimos a los argumentos allí detallados.

### **Cuarto paso: evaluar la necesidad de la restricción**

El siguiente paso para el análisis de los límites a la libertad de expresión consiste en evaluar si el objetivo que se desea conseguir mediante la restricción a su ejercicio puede alcanzarse por otro tipo de vías o alternativas

que, siendo igualmente útiles y satisfactorias con el objetivo legítimo perseguido por la norma constitucional, sean menos represivas, severas e intervencionistas al derecho que se pretende limitar. La pregunta es la siguiente: ¿existen otras medidas legislativas o normas alternativas igualmente legítimas, disuasivas y sancionadoras pero menos intensas y graves en sus efectos que permitan eficazmente contribuir al grado de realización de esas finalidades de relevancia constitucional proyectadas en la norma?

En nuestra opinión, no vemos alguna otra alternativa posible si no es a través de un mandato prohibitivo establecido en la norma, capaz de generar ese grado de satisfacción de relevancia constitucional pretendido en la norma. No lo encontramos porque, por excelencia, es la norma la guía de orientación en la conducta que guía el desenvolvimiento de toda persona, y tanto más en el caso de los policías y militares, y en tanto tal, capaz de inhibir o desmotivar comportamientos nocivos. Del mismo modo, y más tratándose de instituciones en donde la formación adopta estándares de mayor rigurosidad y firmeza, cuya inobservancia trae consigo castigos severos, una norma permite desincentivar estos riesgos. No advertimos, fuera de ella, una medida de distintas naturalezas (políticas, administrativas y afines) con ese mismo efecto y utilidad.

#### **Quinto paso: evaluar la proporcionalidad en sentido estricto de la restricción**

Este grado de proporcionalidad se encontrará relacionado a la ponderación o proporción entre la limitación del derecho a la libertad de expresión de los policías y militares –a esto denominaremos como medio–, y la protección de uno o varios objetivos legítimos protegidos y perseguibles a nivel de la institución castrense –a esto denominaremos como fin–. Dicho de otro modo, esta proporcionalidad se desarrollará entre las medidas limitativas de sus libertades comunicativas y la protección que se pretende alcanzar sobre la base de un derecho, valor o bien constitucionalmente protegido.

Para el profesor español Carlos Bernal Pulido (2007):

*[L]a palabra ponderación deriva de la locución latina pondo que significa peso. Los principios (derechos fundamentales) tienen un peso en cada caso concreto y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión [...] El principio que tenga un peso mayor será aquel que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto. La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias concretas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso. (p. 19)*

En cuanto a su estructura, en la propuesta del referido autor, esta se encuentra conformada por la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. En relación con la primera de ellas, en términos del profesor Robert Alexy (1997), implica: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor deber ser la importancia de la satisfacción del otro” (p. 161). Sobre la segunda, Bernal Pulido (2007) señala lo siguiente:

*Una segunda variable a tomar en cuenta es el “peso abstracto” de los derechos o bienes en conflicto, lo que significa que uno de estos “puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominantes en la sociedad”; así por ejemplo, “la jurisprudencia constitucional de diversos países en ocasiones ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidación, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidación y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana” (p. 23)<sup>9</sup>.*

9. Para este caso concretamente los fundamentos relacionados a la importancia de la libertad de expresión como derecho fundamental y base esencial dentro de una sociedad democrática tendrá una relevancia especial al momento de determinar la calificación en los pesos abstractos que se otorgará a este derecho en el marco del proceso de solución constitucional al momento de resolver un conflicto relacionado con su ejercicio, principalmente al realizar el análisis de confrontación normativa entre este y los objetivos legítimos señalados a nivel de los institutos armados y policiales.

Una tercera variable son las apreciaciones empíricas sobre la afectación de los derechos en colisión, que pueden tener un distinto grado de certeza. Así, Bernal (2007) afirma:

*[D]ependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca a cada una. Por ejemplo, si se limita la libertad de expresión para proteger el orden público, corresponde determinar si realmente es posible acreditar que la difusión de un determinado mensaje afecta el desarrollo de las actividades de las instituciones estatales. (pp. 23-24)*

Así las cosas, sobre la base de estas afortunadas sugerencias de clasificación, en nuestro caso la propuesta es la siguiente: 1) como primer paso, identificaremos el grado del derecho o derechos que se desea o pretende limitar; 2) como segundo paso, asignaremos determinadas intensidades de pesos abstractos a cada una de las variables en conflicto; de un lado, al derecho a la libertad de expresión en el personal castrense; y, del otro, a los bienes jurídicos y valores constitucionales pertenecientes al sector de las instituciones castrenses que materialmente le hacen frente. Además de hallar su importancia en el seno de nuestra sociedad y democracia, este análisis nos permitirá conocer el rigor y escala de las intervenciones tanto en el derecho comunicativo restringido como en la satisfacción de los bienes jurídicos y valores constitucionales que se desea proteger. Nos permitirá, además, identificar si esta intervención y posterior concesión de un específico peso se encuentra relacionado al control esencial o núcleo intangible de tutela del cual goza todo derecho constitucional, con independencia de las condiciones especiales de su titular; y, de manera concluyente, 3) como tercer paso, determinaremos el nivel de certeza de las apreciaciones empíricas que puedan existir sobre los derechos o bienes en colisión. Con ello, descubriremos si la importancia en la satisfacción de los diferentes bienes jurídicos y asignaciones que nuestra carta política entrega a las fuerzas castrenses –aquí se expresan los valores o bienes constitucionales– justifica la afectación o no satisfacción del derecho fundamental a la libertad de expresión en sus miembros.

### **Identificación del grado del derecho que se pretende limitar**

Centramos el análisis en ubicar el grado de limitación establecida en cada una de las normas que prohíbe el ejercicio de la libertad de expresión en los policías y militares, respectivamente:

1. Emitir opinión sobre asuntos relacionados a la Policía Nacional del Perú haciendo uso de los medios de comunicación social, sin autorización del comando. En este caso, la limitación se centra concretamente en el contenido del discurso que se pretende expresar y difundir. Su restricción radica en la prohibición de emitir comunicación a determinados asuntos de naturaleza institucional sin que esta haya sido previamente solicitada bajo los conductos regulares al comando respectivo. Su intervención, entonces, se realiza sobre el contenido de la comunicación y con la finalidad de proteger bienes y valores jurídicos conformantes del sistema castrense.
2. Formular declaración o comentario no autorizado en forma pública sobre asuntos que afecten la imagen y prestigio institucional. Si en la primera se limitaba el contenido del discurso para evitar cualquier opinión sobre asuntos exclusivamente institucionales, en esta nueva conducta se trata de limitar cualquier declaración o comentario no autorizado que públicamente afecte la imagen y el prestigio de la institución policial. Lo que se pretende regular es el contenido o discurso de expresión que dañe la imagen y prestigio de la institución policial.
3. Difundir o promover ideas o rumores que vayan en contra de la cohesión institucional, que propicien el desorden o confusión, o que afecten la imagen o el honor de sus miembros. El grado de limitación también se encuentra circunscrito a determinados contenidos y sobre hechos o situaciones concretas. El derecho a la libertad de expresión queda intervenido ya no solamente contra cualquier miembro policial o contra la institución misma, sino frente a aquellos actos de comunicación dirigidos a quebrantar su unión o cohesión, y que, como consecuencia de esa acción,

afecte el honor o imagen de sus miembros, o simplemente, en forma alternativa, se cree o propicie un clima de desorden o confusión policial.

Sobre la segunda, son dos infracciones disciplinarias a nivel de la institución militar:

- a. Deliberar sobre asuntos políticos y de seguridad nacional sin autorización. En esta conducta, el grado de intervención en el ejercicio de libertad de expresión se encuentra centrada en intervenir dos tipos de contenido. Se intervienen, pues, cualquier contenido o discurso relacionado a materias sobre seguridad nacional y asuntos políticos en general, de manera abstracta, absoluta e ilimitada. Entre tanto, en cuanto al modo en que este contenido debe expresarse, la norma establece que esta libertad deberá ejercerse siempre y cuando haya sido previamente autorizado.
- b. Expresarse públicamente mal de la institución o instituciones armadas. En similar razonamiento que la conducta anterior, en este nuevo caso, el contenido de expresión también se encuentra reglado en cuanto a su sentido de comunicación y a sus efectos. Bajo ella, todo aquel acto de comunicación negativo en contra de

cualquiera de las instituciones armadas será intervenido. Notemos que en este caso no existe un señalamiento expreso de autorización previa a aquel militar emisor de la declaración, sin embargo, se desprende que, bajo el sistema de pautas y normas de naturaleza especial que rigen a esta institución, estas declaraciones deberán también contar con autorización previa, según el conducto regular establecido en la ley o en la práctica militar.

**Asignación y determinación de intensidades en relación con los derechos y bienes en conflicto: aporte del artículo**

Asumiremos la fórmula que el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando al momento de realizar esta estandarización entre los grados de intervención y niveles de satisfacción. Esta teoría, pues, señala una clasificación tripartita de niveles de intensidad; a saber: intervención grave o intensa, intensidad media e intensidad leve. Del mismo modo, este criterio opera de manera similar para establecer una gradualidad o medición de los grados o niveles de satisfacción de los derechos, valores o bienes que actúan en sentido contrario.

C1: Intervención leve vs. satisfacción alta	<b>M1: CONSTITUCIONAL</b>
C2: Intervención leve vs. satisfacción baja	<b>M2: CONSTITUCIONAL</b>
C3: Intervención leve vs. satisfacción baja	<b>M3: EMPATE</b>
C4: Intervención media vs. satisfacción alta	<b>M4: CONSTITUCIONAL</b>
C5: Intervención media vs. satisfacción media	<b>M5: EMPATE</b>
C6: Intervención media vs. satisfacción baja	<b>M6: INCONSTITUCIONAL</b>
C7: Intervención intensa vs. satisfacción alta	<b>M7: EMPATE</b>
C8: Intervención intensa vs. satisfacción media	<b>M8: INCONSTITUCIONAL</b>
C9: Intervención intensa vs. satisfacción leve	<b>M9: INCONSTITUCIONAL</b>

En ese sentido, si bien estas reglas y principios involucran, entre otras cosas, que tanto la deliberancia, así como la disciplina y obediencia debida, se encuentran orientadas a respetar todo acto de servicio relacionado directamente con las actividades funcionales que tanto los policías y militares realizan en sus respectivas instituciones; lo cierto es que lo que la norma no prohíbe –*sería lamentable y desafortunado si así lo estableciera*– es ser inescrupulosos de estos mandatos de protección castrense en aquellos actos generadores de escenarios de corrupción, criminalidad institucional, violaciones a los derechos humanos (principalmente a los relacionados en el ámbito de su actividad laboral), actos de irregularidad o amoralidad institucional; y en el que la garantía de estos mandatos legales constituyan un escenario de impunidad, condicionamiento y silencio institucional perverso.

La fórmula que planteamos a manera de respuesta a los conflictos generados entre las libertades comunicativas y los mandatos constitucionales y legales establecidos en el ordenamiento jurídico castrense se encuentra relacionada a permitir excepcionalmente el uso de este derecho en circunstancias estrictamente especiales, a través de un proceso de simplificación en los canales que regularmente deben seguirse antes de ejercer este derecho. Nos referiremos a dos situaciones concretas y de especial trato: 1) graves violaciones a los derechos humanos y actos de consecuencias penales que dañen la imagen de la institución; y 2) actos de corrupción en suficiente y razonable grado de convicción.

En relación con el primero, *expresiones o informaciones cuando estos traten de contenidos relacionados con graves violaciones a los derechos humanos*, estamos aludiendo a los casos de mayor gravedad y reproche internacional, como las ejecuciones extrajudiciales, actos de tortura, violación sexual, secuestros extorsivos, desapariciones forzadas, entre otros de similar intensidad. El fundamento para exceptuar este derecho del canal regular de autorización administrativa que planteamos es proteger aquellos bienes jurídicos y mandatos convencionales que pertenecen a la categoría del *ius cogens* internacional, y que no solamente originan deberes y obligaciones estatales en su condición de garantes respecto a los ciudadanos y ciudadanas, sino, además, compromisos y obligaciones internacionales

en el marco de los instrumentos regionales de derechos humanos que nuestro país ha ratificado, y cuyas transgresiones generan una doble dimensión en la responsabilidad en aquel Estado que la comete. De ahí que las razones de informar o comunicar dichos actos contrarios a estas normas imperativas que trascienden el interés de nuestras fronteras sean razones que justifiquen la aplicación de un estándar de regulación especial que exonere su exigibilidad.

Unido a este argumento, quizá el más significativo por sus efectos, es necesario ser enfáticos en señalar que los bienes jurídicos que se transgreden en cualquier acto constitutivo de violación grave a los derechos humanos, así como cualquier acto que genere la comisión u omisión de un ilícito penal desvinculado de su naturaleza de delito funcional, debe, en principio, no ser solamente un aspecto de especial y legítimo interés de la colectividad, sino debe trascender las esferas del propio gobierno de turno.

Como segundo supuesto, nos encontramos ante casos de *corrupción de funcionarios de la propia institución castrense, en suficiente y razonable grado de convicción* como para ser comunicados y denunciados. Al respecto, no vamos, pues, a realizar un extenso comentario sobre la importancia de garantizar los actos de transparencia en la gestión estatal ni tanto menos resaltar la necesaria importancia de la probidad como actos modales de conducta por parte de los funcionarios y servidores del Estado, ambos como parte del rechazo social frente a escenarios de corrupción en las instituciones armadas, sino simplemente a ser enfáticos en la fundamental relevancia del ejercicio de este derecho comunicacional como medio idóneo y directo para combatirlo.

En efecto, *idóneo* porque es la libertad de expresión e información el instrumento exacto y natural del hombre, *per se*, para poder comunicar y difundir determinados hechos, opiniones, críticas, preocupaciones o reclamos; y *directo* porque son precisamente las características de espontaneidad, libertad e incondicionalidad las razones que hacen de la libertad de expresión el medio más eficaz y de mayor inmediatez para comunicar el contenido que se desea realizar. Sin embargo, la presencia de estos canales de rigurosidad reglamentaria, además de colisionar con su propia naturaleza, colisiona también con estos dos factores de esencial relevancia para su ejercicio. Ante este



nefasto escenario, planteamos la existencia de estándares especiales en los canales regulares que todo elemento castrense debe para ejercer válidamente este derecho. En estos escenarios de corrupción, en cualquier ámbito y en cualquier escala de intensidad (corrupción leve, intermedia o de grandes proporciones), el ejercicio de la libertad de expresión resulta de absoluta importancia para contrarrestarla.

Como último y definitivo paso asignaremos determinadas intensidades de *pesos abstractos* a cada una de las variables en conflicto; de un lado, al derecho a la libertad de expresión en el personal castrense; y, del otro, a los bienes jurídicos y valores constitucionales pertenecientes al sector de las instituciones castrenses que materialmente le hacen frente<sup>10</sup>.

- **La libertad de expresión vs. el factor de no deliberancia:** el artículo 169.º de la Constitución Política (1993) señala lo siguiente: “Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional”. Como señalamos en su oportunidad, esto supone: 1) prohibición a todo tipo de expresión y difusión con independencia del contenido que este trate y de los efectos, positivos o negativos, que se puedan generar al respecto; 2) prevención al riesgo de la politización de los institutos armados y al potencial riesgo que podría generar en los mandatos de imparcialidad e independencia con el poder político –central y a través de los ministerios que los involucran–, así como en los bienes jurídicos de disciplina, obediencia, jerarquía y deberes funcionales; 3) prohibición a cualquier manifestación o acto de proselitismo político que cree o genere un escenario de zozobra, riesgo o peligro en las instituciones castrenses; y, en general, 4) cualquier acto que pueda observarse como un desacatamiento o rebeldía a las reglas de conducta que debe tener en consideración todo agente policial-militar o, de la misma manera, cualquier acto de cuestionamiento o crítica a las órdenes, directivas y decisiones

10. Además de hallar su importancia en el seno de nuestra sociedad y democracia, este análisis nos permitirá conocer el rigor y escala de las intervenciones tanto en el derecho comunicativo restringido como en la satisfacción de los bienes jurídicos y valores constitucionales que se desea proteger. Nos permitirá, también, identificar si esta intervención y posterior concesión de un específico peso se encuentra relacionada al control esencial o núcleo intangible de tutela del cual goza todo derecho constitucional, con independencia de las condiciones especiales de su titular.

impuestas a nivel gubernativo en contra de sus respectivas instituciones. En todos estos supuestos, en algunos en menor medida que en otros, el común denominador se encuentra vinculado a la anulación de la libertad de expresión de los elementos castrenses con la finalidad de evitar riesgos o espacios críticos y problemáticos en contra de sus instituciones.

Sin perjuicio de la verdad o falsedad en sostener esta posición institucional –*que, a nuestro juicio, no constituye más que un ocultamiento de las graves injusticias de toda índole cometida a nivel de estos organismos uniformados y un claro silenciamiento de impunidad a partir de disposiciones como las que venimos comentando*– veremos, a continuación, si este factor de no deliberación constituye un criterio ilimitado o absoluto frente a la fórmula de excepcionalidad de las libertades comunicativas.

Si bien reconocemos como válida esta cláusula constitucional, también somos conscientes de la importancia de conocer algunos asuntos que gravemente afectan el mandato constitucional establecido para las fuerzas armadas y policiales no solamente a nivel de su participación en el desarrollo social y económico del país, como lo impele el artículo 171.º del texto constitucional<sup>11</sup>, sino también por los principios rectores de transparencia, probidad e idoneidad funcional que legitiman su existencia, como guías de conductas tanto a nivel institucional como a nivel de sus integrantes.

Sin desconocer, entonces, el valor e importancia de esta prohibición constitucional, planteamos una alternativa de ponderación sustentada en el carácter limitado de la deliberancia y en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión. Son la intolerancia a los actos de corrupción y graves violaciones a los derechos humanos cometidas a nivel de dichos escenarios los principales criterios que en un denominado Estado constitucional y democrático de derecho, soportado en una democracia deliberativa, deben tener un mayor grado de satisfacción y optimización normativa. Y deben serlo, en referidas cuentas, por la subsistencia y autotutela que

11. “Artículo 171.º. Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan del desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil de acuerdo a Ley”.

todo Estado debe tener frente a los gravísimos daños que pueden originar estos actos en los valores y principios en una sociedad y en los ciudadanos.

La utilidad de este primer argumento nos permite analizar el *segundo de ellos* desde nuestra propuesta. En efecto, sin dejar de negar o transgredir a la deliberancia como un límite al ejercicio de la expresión en el sector castrense y, asimismo, sin negar la importancia del conducto regular como expresión de la disciplina y obediencia a nivel de estas instituciones, *en estas circunstancias taxativas y excepcionales* se podrá ejercer este derecho de una manera más simplificada, eficaz y directa para lograr la finalidad deseada por el emisor. En estos casos, el policía o militar a cargo de la comunicación debe ejercerla de manera directa, acudiendo de forma inmediata al funcionario de mayor jerarquía, según el conducto regular de cada institución en particular, y este, dentro de un plazo razonable, debe tomar las acciones que inmediatamente correspondan realizar.

Vemos que, si bien se flexibiliza la rigurosidad del conducto regular, esta no se llega a lesionar, en la medida en que la expresión no es realizada ni difundida en ningún medio de comunicación, ni tanto menos a alguna persona o funcionario desvinculado de la institución, todo lo contrario, la comunicación se desarrolla y permanece, en primer término, dentro de la propia institución, y es solamente dirigida ante el funcionario de mayor rango con la única finalidad de encargarle las medidas de mayor urgencia y necesidad ante dicha comunicación.

Este podrá solicitar la iniciación de una investigación preliminar *motu proprio* o a cargo del Ministerio Público, las medidas de separación provisional o destitución del cargo al funcionario involucrado en los hechos y/o diversas tendientes a satisfacer el cumplimiento que demande el problema. Esta fórmula procura integrar tanto la importancia de los bienes jurídicos castrenses como la fundamental necesidad de velar democráticamente por el respeto a los principios supremos de transparencia, correcta administración y gobierno; y preservación de los valores e irrestricta probidad en la conducta de los funcionarios policiales y militares que la

integran. De esta manera, el contenido esencial de la libertad de expresión e información no se vulnera *–y tampoco podría vulnerarse por cuanto este ámbito de esencialidad prohíbe precisamente la censura predeterminada–* y se ejerce ciertamente con mayores restricciones que las que comúnmente, en cualquier otro escenario ajeno a lo castrense, se realizaría de manera regular.

Y no se vulnera porque, si bien la comunicación no es ejercida de forma libre e irrestricta *–como, por ejemplo, acudiendo a un medio de comunicación o a cualquier persona para manifestarle lo sucedido–*, tampoco se la censura o anula de manera automática, por cuanto esta, finalmente, es ejercida por el policía o militar emisor de la misma; y, aunque esta queda sujeta al control o evaluación de una determinada persona, ante este posible escenario, la fórmula que planteamos presenta también una respuesta de ventajas hacia aquel emisor de la declaración que, agotado este conducto de excepcional trámite, considera que su pretensión se encuentra insatisfecha.

En este nuevo escenario, muy probable, por cierto, en donde el encargado de tomar las acciones necesarias e inmediatas hace caso omiso o simplemente retarda intencionalmente la realización de alguna acción, originando que la comunicación sea consumida en los recuerdos del olvido *–insistimos, pese a la gravedad de su contenido–*, el policía o militar emisor de la comunicación podrá acudir de manera directa y personal, en un segundo momento, a manera de propuesta, al Congreso de la República, como máximo órgano de control político, con atribuciones previamente señaladas y designadas para fiscalizar, a través de las comisiones pertinentes o de sanción, a los funcionarios responsables. Se busca, de esta manera, proteger el contenido de la comunicación y no al funcionario que, teniendo la opción de realizar alguna acción o decisión de mejora frente a este hecho, omite realizarlo.

En nuestra opinión, la intervención del Congreso de la República se encuentra justificada por las siguientes razones, vinculadas a criterios de idoneidad y efectividad. *Idóneo* porque es la única institución política con atribuciones constitucionalmente estatuidas

para realizar labores de fiscalización y control en circunstancias urgentes y a hechos similares a los que venimos proponiendo<sup>12</sup>, de conformidad, desde luego y como corresponde, a un debido proceso y a todas las garantías esenciales que demanda un procedimiento de tipo parlamentario. Y efectivo porque los resultados que se pueden generar como consecuencia de la comunicación emitida por el personal militar o policial emisor de la misma resulta en la práctica de mayor utilidad –en términos de sanción y de las medidas que se puedan adoptar respecto al hecho y a las secuelas contra el funcionario inmerso– e importancia que otro poder o institución del Estado<sup>13</sup>.

Por último, es importante plantearse una interrogante legítima desde todo punto de vista: ¿qué ocurre en aquellos casos en que el ministro del sector se encuentra vinculado, por acción u omisión, en cualquiera de estos supuestos? Pues, en este escenario, igualmente probable que los supuestos anteriores, aquel emisor de la comunicación acudirá de manera directa al Congreso de la República para continuar con el trámite señalado anteriormente, y con base en las razones ya expresadas. Las facultades de sanción política mencionadas en el párrafo anterior son prueba de ello y revelan, además, la especial necesidad de contar con la presencia de este poder del Estado.

12. Entre algunos artículos relacionados a las atribuciones del Congreso de la República, podemos referirnos a los siguientes: "Artículo 97°: El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial".

"Artículo 99°: Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes al Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas".

"Artículo 100°: corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad".

13. Finalmente, como órgano de representatividad popular a través de mecanismos de participación democrática, desde el año 2011 el Poder Legislativo se constituye y legitima también con el voto de los policías y militares; y, en ese sentido, al ser el Congreso de la República una institución creada sobre la base de diferentes voces y fines particulares, los asuntos relacionados a los institutos armados deben encontrar en dicho órgano, con igual representatividad y preocupación política, la respuesta a sus intereses y problemáticas.

- **La libertad de expresión versus la disciplina y obediencia castrense:** Como sostiene el profesor Carlos Bernal Pulido (2007), a cuya opinión nos adherimos, la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en estricto sentido tiene los siguientes pasos: 1) determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir: *i)* la importancia o peso de la intervención o limitación del derecho fundamental (grado de desventajas); y *ii)* la importancia de la satisfacción del fin perseguido por la intervención legislativa (grado de ventajas). En esta determinación de pesos se pueden tomar en consideración elementos tales como la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración, entre otros, ya sea en la intervención del derecho fundamental o en la satisfacción del fin legislativo. En lo que respecta a nuestro caso, tomaremos solamente algunas de ellas; 2) comparar dichas magnitudes a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental; y 3) construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo.

En cuanto al primer paso, es preciso mencionar que el grado de intervención en el derecho a la libertad de expresión de los policías y militares *es de intensidad grave*, por las siguientes razones:

1. *Por su ámbito de restricción.* La restricción a la libertad de expresión en los miembros de las instituciones castrenses se encuentra impedida de manera absoluta.
2. *Por la modalidad o tipo de límite restringido.* El límite restringido a través de las normas disciplinarias interviene directamente el contenido de la comunicación. De ahí que cuando la restricción afecta el fondo o contenido del discurso o comunicación, el reproche constitucional resulta de mayor gravedad y crítica, como ocurre con el presente caso.
3. *Por la invasión a su contenido constitucionalmente protegido.* La restricción de este derecho comunicativo restringido a miembros castrenses interviene aquel núcleo esencial proscrito

de toda intromisión y regulación legislativa o administrativa, lo que bajo ninguna circunstancia debe ser tolerado por el derecho ni en ningún análisis de ponderación. Como hemos podido apreciar al momento de realizar el análisis de todas aquellas normas castrenses que limitan el ejercicio de este derecho, en todas ellas se advierte una intrusión ilegítima y desbordada al contenido esencial del mismo.

De este modo, no solo se aprecia una restricción a afirmaciones sobre datos o hechos que de alguna manera se podrían legitimar a través del reconocimiento del test de veracidad y de otros derechos que entrarían en conflicto, sino que la restricción va más allá de esta situación, prohibiendo, impidiendo y anulando a través de un canal de autorización administrativa cualquier tipo de comunicación, opinión, comentario o juicio de valor en relación con la institución; aspectos que, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional, constituyen el ámbito infranqueable que bajo ningún motivo puede estar sujeto a límites o restricciones. Estas disposiciones, al impedir de modo absoluto el acto comunicativo, anulan por completo la existencia y utilidad de este derecho y lo vacían de contenido. De ahí que afirmemos que dichas normas violatorias del derecho a la libertad de expresión sean sin duda alguna consideradas como una intervención de grado sumamente intenso.

4. *Por la censura previa creada a nivel de su regulación.* Esta situación constituye una consecuencia directa de lo expresado en el punto anterior. En efecto, la expresión máxima de intervención e intolerancia absoluta al ejercicio de la libertad de expresión de los policías y militares queda evidenciada en la obligatoria recurrencia a mecanismos orgánicos y administrativos de autorización para poder ejercer este derecho a nivel de dichas instituciones, aun cuando este mecanismo de censura previa se encuentre proscrita expresamente por nuestro ordenamiento jurídico y a nivel del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos.

Conforme señalamos en supra párrafos, la censura *fáctica* –procedimiento para

la obtención del permiso para ejercer el derecho– y de iure –establecida de manera expresa a nivel de los regímenes disciplinarios– se encuentran claramente expresadas en las normas que la regulan.

5. *Por las consecuencias de diferente naturaleza en perjuicio del emisor de la comunicación.* En suma, su infracción genera las siguientes consecuencias: *una consecuencia punitiva*, motivada por el artículo 117.º del Código de Justicia Militar y Policial vigente –delito de desobediencia–, cuyo espacio punitivo oscila desde 1 año a 5 años de pena privativa de libertad; *una consecuencia civil*, originada con base en una responsabilidad económica como parte del concepto de reparación civil en agravio del Estado; *una consecuencia administrativa*, expresada en un proceso de naturaleza disciplinaria que se deberá seguir en contra de aquel policía o militar vulnerador de dicha conducta que culminará con sanciones graves –disponibilidad, pase a la situación de retiro y consecuente desvinculación de su institución–; y, finalmente, *una consecuencia de naturaleza laboral*, relacionada con el proyecto de vida que llega finalmente a frustrarse como resultado de esta medida.
6. *Por razones de efectividad.* No cabe duda de que esto originaría que el derecho a la libertad de expresión en el ámbito de la legislación castrense pase de convertirse en un derecho de contenido simbólico, como lo es actualmente, a un derecho de efectividad y utilidad práctica, como se propone a través del presente artículo. El mismo argumento de efectividad es utilizado para permitir el uso de medios más flexibles y simplificados para materializar tal ejercicio de expresión o comunicación.

Resuelto ello y continuando con este primer paso, señalaremos el grado de ventajas e importancia de la satisfacción del fin perseguido por la intervención del derecho a la libertad de expresión. De entrada señalamos que el grado de satisfacción de dichos bienes y valores no constituye un grado de intensidad elevada, por las razones siguientes: *a nivel de su alcance*, resulta claro que este se encuentra taxativamente

restringido a determinadas situaciones y escenarios de particular y especial importancia de protección constitucional, tales como: 1) graves violaciones a los derechos humanos y actos de consecuencias penales que dañen la imagen de la institución; y 2) actos de corrupción en suficiente y razonable grado de convicción.

La posición que postulamos cobra mayor fuerza en este contexto. No pretendemos en ningún sentido resquebrajar o quebrantar las competencias constitucionales asignadas a la Policía Nacional y a las Fuerzas Armadas, ni tanto menos pretendemos cambiar su especial naturaleza de creación y de integridad institucional *—nos referiremos a los deberes, obligaciones y mandatos exclusivos que deben preservarse en ellas—*, sino todo lo contrario, respetando el espíritu del constituyente de 1993, adecuamos dichos mandatos a una legislación que responda y resuelva legítima y normativamente las más urgentes problemáticas que actualmente las involucran.

Sumado a ello, a la luz de los argumentos sostenidos al momento de realizar la ponderación entre estos valores y bienes de protección legal-constitucional, y la fundamental importancia de permitir excepcionalmente el ejercicio de la libertad de expresión *—sin anular sus contenidos de protección normativa y bajo un sacrificio razonable de sus intereses—*, los primeros cedían en un grado de optimización mayor respecto de los segundos; *inter alia* razones, porque se concluyó que única y exclusivamente permitiendo el ejercicio de este derecho de proyección comunicativa, se podían potencialmente resolver tres de los más grandes problemas y dificultades que siempre han dañado (y siguen dañando) la transparencia, imagen y rol democrático de estas instituciones en nuestro país.

Como parte de este análisis, es también importante considerar la especial importancia del principio de democracia deliberativa, que encuentra entre sus múltiples manifestaciones en un Estado constitucional de derecho una posición de derecho preferente y de respaldo constitucional el ejercicio de las libertades comunicativas. La necesidad de resaltar la importancia de este principio en todo análisis de ponderación resulta de una relevancia significativa, en la medida en

que cuanto mayor sea la importancia material dentro del sistema de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación<sup>14</sup>.

Con todo lo dicho, concluimos que el grado de desventaja en el derecho a la libertad de expresión de los policías y militares alcanza una intervención de extrema gravedad respecto de aquella finalidad perseguida en dicha intervención legislativa, manifestada en el irrestricto y absoluto respeto a los bienes jurídicos y valores constitucionales de protección castrense.

Corresponde ingresar al segundo paso, esto es, *realizar una comparación entre ambas magnitudes a efectos de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, a través de sus bienes y valores de pertenencia institucional, es mayor que la importancia de la intervención en el derecho a la libertad de expresión.*

Conforme a lo expuesto en párrafos precedentes, se puede afirmar que la importancia de la realización de los fines perseguidos por las instituciones castrenses creadas por el legislador mediante las disposiciones conformantes del *corpus iuris* castrense a las cuales nos hemos referido no es mayor que la importancia de la intervención en el derecho a la libertad de expresión de los policías y militares. Por el contrario, esta finalidad tendría mayor cobertura normativa e importancia democrática si excepcionalmente se permitiese el uso de este derecho en determinadas situaciones. Significaría, pues, una contribución a nuestra democracia y un aporte fundamental a fortalecer los mandatos que nuestra Constitución Política asignan a las instituciones castrenses; los cuales, en suma, constituyen su finalidad.

Finalmente; sobre el tercer paso, vale decir, *construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, otorga cierta preferencia al derecho a la libertad de expresión de los policías y militares frente a los bienes y valores que les pertenezcan.* Y, en efecto, esto

14. Las graves violaciones a los derechos humanos que rocen con la criminalidad y los actos de corrupción constituyen, en sí mismos, estos intereses y principios de vital protección en nuestro Estado. Recordemos que a lo largo de nuestra historia la divulgación de hechos generados con base en estos dos supuestos (precisamente difundidos a través del ejercicio de los derechos comunicativos) culminaron con revelaciones políticas impensadas y sanciones a sus autores.

es así por las siguientes consideraciones que durante el recorrido del presente trabajo hemos largamente abordado y explicado:

- a. La importancia de la libertad de expresión como elemento esencial de una democracia deliberativa dentro de un Estado constitucional de derecho.
- b. El reconocimiento de la libertad de expresión como derecho fundamental implica que los Estados tienen dos obligaciones específicas: las obligaciones de respeto y garantía de este derecho. Por la primera, los Estados se encuentran impedidos de realizar actos contrarios a la libertad de expresión, mientras que por la segunda, deben adoptar las medidas que permitan a toda persona su goce y ejercicio, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar todo acto que afecte la libertad de expresión. Todas estas obligaciones se derivan de las normas internacionales de derechos humanos, así como de los propios textos constitucionales.
- c. Las restricciones a la libertad de expresión no pueden hacerse efectivas con anterioridad a la difusión de la idea o información que se quiere dar a conocer, sino que se concretan en la modalidad de responsabilidades posteriores. Corresponde primero observar o escuchar aquello que quiere expresarse y luego evaluar si lo expresado ha transgredido algún límite previsto legalmente. El fundamento de esta prohibición se encuentra en la necesidad de evitar que una autoridad o funcionario tome una decisión sobre las ideas o informaciones que deben circular en una sociedad sobre la base de su criterio personal o el del gobierno de turno.
- d. El especial significado de la libertad de expresión cuando se refiere a funcionarios y servidores públicos, así como cuando estas se encuentren relacionadas a poderes del Estado, organismos autónomos e instituciones de naturaleza especial como las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y a sus máximos funcionarios de representación.
- e. Los actos de corrupción y graves violaciones a los derechos humanos instalados y ocurridos a nivel de estas instituciones.
- f. La respuesta del Derecho frente a los nuevos hechos, conductas y situaciones  *fácticas*  y jurídicas modernas. En nuestro caso, el uso excepcional del derecho a la libertad de expresión a los policías y militares en escenario de especial particularidad, como resultan ser los planteados en el presente artículo.
- g. El progresivo reconocimiento que desde el Derecho nacional e internacional se viene realizando a favor de los derechos humanos en el ámbito policial y militar. Esto involucra, entre otros, la conquista en el reconocimiento del derecho al voto en vía legislativa y el reconocimiento a ser madre, fundar una familia y el derecho a la igualdad y no discriminación por razones de orientación sexual en los institutos castrenses en vía judicial y constitucional. En sede internacional, el reconocimiento del derecho a la sindicalización en gran parte de países europeos, el derecho a las libertades comunicativas en escenarios y situaciones particulares a nivel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ingreso de postulantes homosexuales a los institutos armados en los Estados Unidos de Norteamérica.

Efectuado el análisis del test de proporcionalidad y en estricta coherencia con cada uno de sus criterios estudiados, principalmente con los dos últimos (necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), concluiríamos  *prima facie*  que la intervención a las disposiciones castrenses que regulan el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los policías y militares no soportan el referido test y, en tanto tal,  *deben reputarse como inconstitucionales* .

Como se aprecia en el análisis de la ponderación dentro del sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, las razones  *fácticas*  y normativas para permitir excepcionalmente el uso de la libertad de expresión frente a determinados escenarios, así como los mecanismos flexibles a nivel legal adaptados para tal efecto, son lo suficientemente legítimos y viables como alternativa de solución a un problema como el que actualmente enfrenta nuestro ordenamiento jurídico.

### FUENTES DE INFORMACIÓN

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal, C. (2003). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Diario oficial *El Peruano*, Lima, Perú, 30 de diciembre de 1993.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N.º 03-2006/CJ-116 intitulado “Protección del derecho al honor y su relación con las libertades comunicativas”.
- (De la misma manera que en el contenido del artículo, borro esta cita porque ya no cuento con el libro). Mendoza, M. (2007). *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*. Lima: Palestra Editores.
- Tribunal Constitucional (11 de febrero de 2004). Sentencia del recaída en el Expediente N.º 2465-2004-AA-TC, con fecha 11 de febrero de 2004.
- Tribunal Constitucional (12 de febrero de 2013). Sentencia del recaída en el Expediente N.º 866-2000-AA-TC.
- Tribunal Constitucional (29 de enero de 2003). Sentencia del recaída en el Expediente N.º 1797-2002-HC-T.
- Tribunal Constitucional (5 de abril de 2004). Sentencia recaída en el Expediente N.º 0569-2003-AA-T.