

La libertad de expresión en boca de todos

Entrevista a la Dra. Betzabé Marciani*

Por: José Sebastián Loaiza Tapia
Diana Vanessa Ocampo Falcon
Alfredo Junior Torres Castillo**

Resumen:

La presente entrevista busca dar respuesta a algunas interrogantes referidas a la libertad de expresión y los desafíos que se le presentan en la actualidad. La entrevistada nos da su autorizada opinión referida a los alcances, los límites y el contenido del derecho a la libertad de expresión en situaciones particulares donde dicho derecho se ve puesto a prueba, principalmente en un contexto de exigencia de tolerancia y respeto a la diversidad cultural.

Abstract:

The present interview seeks for giving answers to some questions referred to the freedom of speech and some of the emerging challenges of these days. The interviewed give us her informed opinion referred to the reach, the limits and the content for freedom of speech in some particular situations where this freedom is put into challenge, mainly in context of demand of tolerance and cultural diversity.

Palabras clave:

Libertad de expresión – Censura – Moral y Derecho – Tolerancia – Modernidad

Keywords:

Freedom of speech – Censorship – Morality and Law – Tolerance – Modernity

* Profesora a tiempo completo del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y doctora en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha. Es autora de "Tolerancia y derechos: El lugar de la tolerancia en el Estado constitucional" (Barcelona: Atelier 2016), "El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes" (Lima: Palestra 2004) y de varios artículos de investigación publicados en el Perú y el extranjero.

** Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, miembros de la Comisión de Publicaciones de Derecho & Sociedad. de Derecho & Sociedad.

1) Dada la actual coyuntura mediática y recurrentes conflictos entre diversos sectores de opinión ¿Qué entendemos por discurso de odio y, también, por libertad de expresión?

La libertad de expresión es un derecho humano, un derecho fundamental, que supone una serie de manifestaciones como la posibilidad de dar y recibir información, expresar puntos de vista u opiniones o efectuar manifestaciones artísticas. Es un derecho que, como el resto de derechos fundamentales, deriva del respeto a la dignidad del ser humano, pero que también se justifica por ser un elemento central para la existencia de un sistema democrático de gobierno.

El discurso de odio es entendido como el conjunto de expresiones dirigidas contra determinadas personas y/o grupos debido a ciertas señas de identidad como la raza, el sexo, la identidad sexual, la nacionalidad, la religión, etc. En Estados Unidos se denomina *hate speech* al discurso dirigido específicamente contra grupos tradicionalmente discriminados.

2) Los derechos fundamentales tienen límites, es decir, son relativos, sin embargo, el contenido esencial de los derechos (doctrina española) tiene que mantenerse cuando confluyan y se contrapongan dos a más derechos fundamentales ¿Considera usted que la libertad de expresión es un derecho con preponderancia frente otros como la imagen, la intimidad y el honor en tanto que constituye un presupuesto fundamental de un sistema verdaderamente democrático? ¿Cómo debemos entender el papel que cumple la libertad de expresión dentro de un sistema democrático de gobierno?

Los derechos fundamentales no tienen una jerarquía en el sistema jurídico continental (el europeo y el latinoamericano también). Aquí hay una gran diferencia con el derecho norteamericano donde, claramente, la libertad de expresión y los derechos de la Primera Enmienda tienen preferencia frente a otros. En los hechos, sin embargo, suele ocurrir que cuando existe un conflicto entre la libertad de expresión y derechos como el honor o la intimidad, la jurisprudencia de los países europeos y de los tribunales internacionales como el Tribunal Europeo o la Corte Interamericana, por ejemplo, suelen favorecer a la libertad de expresión. Ello debido a que no solamente se considera un derecho individual que, como vimos, se basa en la dignidad del ser humano, sino porque se considera un elemento esencial para la democracia. Sin opinión pública libre y sin libre información sobre temas públicos no hay sistema democrático de gobierno. Por lo tanto, es un derecho mucho más resistente en los hechos.

3) Una serie de sentencias emitidas por tribunales encargados de velar por la constitucionalidad en diversos países e incluso entidades que buscan la protección de los derechos humanos en el continente americano (ver ejemplo “La Última Tentación de Cristo” en Chile) ha fallado a favor de considerar a las limitaciones a la libertad de expresión generadas en los tribunales como censura previa, y en consecuencia deben ser prohibidas. ¿Qué opinión le merece esto?

Ese es el mejor ejemplo de lo que les acabo de decir. Aunque la Corte Interamericana no parte de una concepción democrático-política fuerte de ese derecho (como ocurre en los Estados Unidos), tiende a darle una mayor protección frente a otros derechos, en atención a su importancia para la democracia. En este caso, por ejemplo, la Corte consideró que las decisiones judiciales que estaban dirigidas a impedir la difusión de una película que afectaba la sensibilidad de los cristianos era censura previa proscrita por la Convención. Yo estoy de acuerdo con el fondo de la cuestión en este caso (la libertad de expresión exigiría la tolerancia de este tipo de expresiones en una democracia), pero no con las consecuencias que podría acarrear el criterio establecido por el fallo, esto es, que estaría prohibida cualquier decisión judicial (pensemos en un amparo o una medida cautelar, por ejemplo) dirigida a evitar la difusión de alguna información o expresión. Yo creo, y en eso sigo a Francisco Eguiguren, que ese es un error porque supondría la

absoluta desprotección de ciertos derechos. Si pensamos, por ejemplo, en una situación en la que se va a difundir una información que afecta claramente la intimidad de una persona –un libro en el que se detalla aspectos de la vida sexual de un personaje público– sería equivocado pensar que constituye censura previa una decisión judicial dirigida a prohibir su distribución. De ser así, la afectación al derecho a la intimidad se tornaría irreparable por donde lo vean, pues expuesta la información que afecta la intimidad no hay forma de revertirla, a diferencia del derecho al honor, donde es posible hacer una rectificación. Entonces, si uno tiene una medida cautelar o un amparo dado por un juez en un Estado de Derecho y que está debidamente justificado por la irreversible violación de otro derecho, no creo que eso se pueda considerar una censura previa.

4) Dados los últimos acontecimientos relacionados con la ola de comentarios criticando esta acción tanto de alumnos, asociaciones universitarias y el público en general que desató el nombramiento de una persona transexual en la secretaría de género de la FEPUCP, desearíamos saber sus impresiones sobre si podría considerarse a estos como parte de un discurso de odio o el ejercicio de la libertad de expresión de estos.

Este es un tema muy sensible en verdad; sin embargo, creo que aquí hay que recordar un principio liberal fundamental sobre el que se construye el Estado de Derecho: una cosa es la moral y otra cosa es el Derecho. En el Estado constitucional puede haber puntos de contacto entre Derecho y moral, pero no son lo mismo. Una cosa es lo que nos parece moralmente reprobable y otra cosa es lo que se puede considerar ilícito o pasible de sanción desde el punto de vista jurídico.

A mí me parecen lamentables muchos de los comentarios que he visto en Facebook sobre el caso en cuestión. Algunos profesores de la PUCP han suscrito una carta rechazando este tipo de expresiones intolerantes y yo he compartido esa iniciativa; sin embargo, tengo mis reservas sobre la posibilidad de iniciar procesos disciplinarios contra quienes han vertido algunas de esas expresiones. Mi respuesta en tal caso sería *depende*. Depende del tipo de expresión, pues no es lo mismo una amenaza claramente dirigida contra el sujeto, que una expresión general contra la transexualidad; no es lo mismo un insulto de grueso calibre dirigido contra un individuo, que una opinión –incluso satírica o hiriente– aunque nos parezca desacertada; etc. No todo lo que nos parece ofensivo, cruel o incluso estúpido es jurídicamente reprobable, y cuando digo *jurídicamente* no me refiero solo al Derecho del Estado, sino también, eventualmente, a las normas que rigen la Universidad.

El derecho a la libertad de expresión en un Estado democrático exige un alto grado de tolerancia e incluso, como dice Ronald Dworkin, de tolerancia a lo que nos ofende. Es muy difícil establecer el límite *a priori*. Por eso, criterios como el del contexto en el que se produce la expresión, su importancia para el debate público, el hecho de que se dirija a un individuo o a un grupo (se discute mucho si estos discursos también deberían sancionarse), la intensidad de la ofensa, la condición del sujeto afectado (si es, por ejemplo, un personaje público), entre otros, son elementos que se deben tomar en cuenta al evaluar la posibilidad de prohibición o sanción jurídica.

5) ¿Cree usted que la regulación que existe en nuestro país para tratar de evitar estas situaciones es suficiente? ¿Las redes sociales son un medio para la libertad de expresión que complica demasiado el establecer límites de esta?

Las redes sociales pueden ser un problema si queremos regular de algún modo la difusión de este tipo de expresiones, pero también son un espacio valioso para la transmisión de opiniones y, como se vio en este caso, para la réplica. Hay una discusión sobre cómo podríamos controlar las opiniones que se dan en Facebook y en general en internet, pero creo que la pregunta previa es si deberíamos hacerlo o no.

¿Cómo está regulada la cuestión del discurso de odio en el Perú? Hay una serie de tratados internacionales suscritos por el Perú y que, de algún modo, se refieren a esta cuestión. Por ejemplo, la Convención Americana prohíbe la apología del odio racial, nacional o religioso que constituya incitación a la violencia, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial tiene un tratamiento especial para el tipo de expresiones racistas.

Hay quien considera que, en el caso del derecho interno, se podría acudir al delito de discriminación que está en el artículo 323 del Código Penal –de reciente modificación en enero de este año- y que alude a quien discrimina a una o más personas o grupos de personas, o promueve actos de discriminación, por motivo racial, sexual, religioso, de factor genético, orientación sexual, identidad de género, entre otros, para menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona.

Este tipo penal es problemático pues habría que determinar qué significa *menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona*. ¿Dónde estaría el límite entre emitir una expresión (insisto, eventualmente desafortunada, desinformada o incluso cruel) y realizar un acto discriminatorio.

6) El portal de noticias ACI Prensa ha mencionado en un artículo que el imponer la visión de una mayoría universitaria respecto a lo que denominan ideología de género sin un debate previo está vulnerando la libertad de expresión de un sector de la Universidad ¿Considera que no realizar tal debate podría, en efecto, ser considerado una vulneración a la libertad de expresión?

El no permitir que exista un debate público sobre este tema sería, en efecto, una manera de vulnerar la libertad de expresión; pero esa es la pregunta que tendríamos que hacernos: ¿En realidad se está impidiendo dicho debate y la libre expresión de ideas? Las distintas unidades de la universidad toman opciones en relación con los programas que consideran se deben ofrecer y sobre los cursos que forman parte de los mismos. También es parte de la libertad de cátedra que los profesores determinen el modo en que organizan el contenido de sus cursos (temas, material bibliográfico, evaluaciones, etc.) y es derecho de los alumnos poder emitir sus opiniones, muchas veces discrepantes, en ese contexto.

La Asociación Riva Agüero u otros grupos tienen todo el derecho de expresarse en contra de lo que ellos denominan ideología de género –y, de hecho, lo hacen a través de la web-, al igual que otras personas o grupos tienen todo el derecho de señalar que no se trata de una ideología y de justificar su posición.

No veo la afectación a la libertad de expresión, no la encuentro. No sé si para ese grupo el hecho de que exista una maestría de género ya supone *per se* que ellos no puedan manifestarse, lo cual es absurdo porque en ese caso ellos no escribirían libremente lo que escriben. De forma similar, aunque existan cursos de teología en la PUCP, un alumno ateo o agnóstico no tendría razón para considerar que se afecta su libertad de expresión si es libre para opinar en contra de ese curso y de lo que se afirma en el mismo (incluso de la existencia de Dios). Creo que, una vez más, es usual confundir lo que nuestra moral o nuestros sentimientos (por ejemplo, religiosos) nos increpan y lo que el derecho a la libertad de expresión supone.

Yo sé de muchas personas que están en contra de la perspectiva de género y lo dicen claramente durante las clases. La posibilidad de que expresen su opinión discrepante, pero también la necesidad de que la justifiquen debidamente, es parte de la convivencia en una universidad tolerante y que tendría que orientarse por la razón y el conocimiento.

7) ¿La convivencia en una sociedad multicultural exige un mayor grado de tolerancia a la libertad de expresión que una sociedad con una mayor homogeneidad cultural?

Una vez más, creo que es importante distinguir la dimensión moral de la jurídica al abordar este tipo de casos. Jurídicamente uno debe tomar en cuenta cuestiones como, por ejemplo, el peso que tiene la libertad de expresión para el sistema democrático y las consecuencias que aspectos como la censura suelen conllevar. En palabras de Dworkin, *la censura suele ser enemiga de la justicia*, pues la censura suele abrir una pendiente resbalosa difícil de contener. Por ejemplo, si no puedes ofender a los musulmanes tampoco a los cristianos. Así como no puedes hablar mal de Mahoma, tampoco de Cristo o del Papa, pero entonces tampoco de los homosexuales, transexuales y lesbianas. ¿Cómo y dónde pones el freno?

Sin perjuicio de lo dicho, desde el punto de vista moral la cuestión puede ser diferente. En las sociedades diversas, la virtud suprema debería ser la tolerancia, pues es la única forma de asegurar la convivencia armónica. Así, por ejemplo, decía Tzvetan Todorov, a propósito del caso de las Caricaturas de Mahoma, que es fundamental no olvidarnos de la ética de los profesionales de la prensa, quienes en ocasiones creen que porque algo no es ilícito puede ser automáticamente propagado o que se escudan en una defensa ciega del principio de libertad de expresión sin atender también a las consecuencias que sus actos pueden provocar.

Hay una dimensión ética que nos exigiría a todos ser un poco más tolerantes y respetuosos con quienes consideramos diferentes. Esto tiene límites, claro está, pues no se trata de respetar y tolerar al terrorista que solo busca exterminarnos. En cuanto a la libertad de expresión en un Estado constitucional soy de las personas que creen que las restricciones a la misma tienen que ser las absolutamente necesarias y las menos peligrosas con vistas a futuro, tomando en cuenta los casos que pueden venir después. Lo demás debe ser dejado en manos de la educación y del diálogo, que siempre han dado mejores frutos que la censura.