

Ni Charlie Hebdo ni Francisco I. SÍ Voltaire, Larry Flynt o Mr. Bean. Reflexiones sobre las libertades de expresión e información en la era digital

Enrique Caveró Safra*

Resumen.- A través del análisis de distintas figuras y sucesos históricos de los últimos años, el autor explora los dificultosos límites de los derechos de expresión e información. Así, formula conclusiones sobre un concepto moderno de libertades informativas que cobran especial relevancia con el arribo de nuevas tecnologías en el siglo XXI.

Abstract.- Through the analysis of various emblematic events, the author explores the limits of the freedoms of expression and information, which pose a challenge by themselves. Thereby arriving to utmost important conclusions on a modern concept of civil liberties in the information era.

Palabras claves.- Libertades informativas - libertad de expresión - medios de comunicación - privacidad

Keywords.- Freedom of speech - freedom of expression - media - privacy

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Derecho de la Competencia y de la Propiedad Intelectual por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Área de Competencia y Consumidor de Hernández & Cía. Abogados. Especialista en Competencia, Telecomunicaciones, Medios, Tecnología y Propiedad intelectual.

I. Introducción

La era que vivimos se caracteriza por la difusión y proliferación de información en formas y magnitudes sin precedentes. La velocidad de transmisión, capacidad de almacenamiento y capacidad de procesamiento de información digital crecen exponencialmente, duplicándose aproximadamente cada año y medio¹. La internet ha permitido, por ejemplo, que cada minuto, se hagan 6.3 millones de búsquedas en Google, 4 millones de “me gusta” en Facebook, 160 millones de vistas en Tiktok, se publiquen 694 *reels* en Instagram y se envíen unos 240 millones de correos electrónicos y 48 millones de mensajes por Whatsapp²; y las cifras van claramente en aumento. Todo ello permite la difusión de conocimientos y acelera vertiginosamente el avance cultural. Sin embargo, no todo conocimiento o información es necesariamente bueno, beneficioso o correcto, ni tampoco lo es toda expresión cultural. También están los *fake news*, el contenido basura, los discursos de odio y la manipulación mediática, también hoy elevados a la *n* por los mismos factores, incluyendo, más recientemente, la inteligencia artificial y su potencialidad para generar y manipular contenidos.

En dicho contexto, surgen naturalmente la inquietud y las preguntas orientadas a encontrar la forma de filtrar, escoger, racionar o discriminar la información, para no ahogarnos en la inundación y, además, en la medida de lo posible, distinguir la paja del trigo. Pero cualquier proceso selectivo podría afectar las libertades de expresión e información, pilares fundamentales de nuestra institucionalidad.

En el presente trabajo planteamos algunas reflexiones sobre la naturaleza y características de las libertades de expresión e información, revisando sus orígenes y su esencia a la luz del actual contexto histórico. Se trata, en suma, de entender mejor cómo pueden protegerse mejor estas libertades y anotar cómo, en algunos casos, peligran en manos de quienes dicen defenderla.

¹ Según la “ley de Moore”, la capacidad de procesamiento de data digital se duplica aproximadamente cada 18 meses (https://es.wikipedia.org/wiki/Ley_de_Moore) gracias a la mejora en la arquitectura de los procesadores y el aumento del número de transistores por microchip. La computación en la nube y la computación cuántica también están influyendo, permitiendo realizar tareas más complejas de manera más eficiente. En cuanto a la capacidad de almacenamiento, la “ley de Kryder” establece que esta se duplica aproximadamente cada 13 meses (<https://www.scientificamerican.com/article/kryders-law/>) detrás de tecnologías de almacenamiento, como discos duros, unidades de estado sólido (SSD) y tecnologías emergentes como el almacenamiento en ADN. Por su parte, la velocidad de transmisión, según la “ley de Butter” se duplica aproximadamente cada 9 meses, impulsada por el desarrollo de nuevas tecnologías y la evolución de las redes (transición de redes 2G a 3G, 4G y 5G), por ejemplo, fibra óptica y satélites.

² Datos a diciembre de 2023. Fuente: <https://shorturl.at/dlmDS>; <https://rb.gy/dykolb>

II. El derecho positivo

La **Declaración Universal de Derechos Humanos** consagra de manera muy cercana, en sus artículos 18 y 19, las libertades de pensamiento, conciencia, religión, culto, opinión, expresión e información, todas ellas íntimamente relacionadas:

Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la **libertad de pensamiento**, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la **libertad de opinión y de expresión**; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y **recibir informaciones y opiniones**, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.³

La **Constitución** peruana de 1993 consagra de manera conjunta las **libertades de información, opinión y expresión**, en la sección especial de los derechos fundamentales de la persona (artículo 2, numeral 4):

Toda persona tiene derecho: (...) 4.) A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.⁴

Más adelante, en la sección relativa al régimen económico, el artículo 61 referido a la libre competencia, en su segundo párrafo, hace una mención relativa a la libertad de expresión:

³ Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

⁴ Constitución Política del Perú [Const.]. Art. 2. (29 de diciembre de 1993). <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>

El Estado facilita y vigila la **libre competencia**. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la **libertad de expresión y de comunicación**, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.⁵

De otro lado, la **Convención Americana de Derechos Humanos** (CADH)⁶ contempla a las libertades de pensamiento y de expresión en su artículo 13:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la **libertad** de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente **no puede estar sujeto a previa censura** sino a **responsabilidades ulteriores**, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

⁵ Constitución Política del Perú [Const.]. Art. 61. (29 de diciembre de 1993). <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>

⁶ Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), 11 de febrero de 1978.

III. Marco conceptual

Es importante hacer algunas distinciones, precisamente en virtud de la diversidad de términos que utilizan los instrumentos positivos. Nótese los diversos aspectos o dimensiones, cada uno con características propias. Así, la **libertad de información** contiene dos aspectos: uno, que podríamos denominar pasivo, es el derecho a buscar, recibir y/o tener acceso a la información que uno desee, sin interferencia por parte del estado o de terceros. El otro, que podríamos denominar activo, es el derecho de difundir o propagar información. Asimismo, es importante distinguir, por un lado, la información sobre hechos de la realidad, objetivamente verificables - información que puede ser verdadera o falsa- y, de otro lado, la información relativa a ideas y opiniones, que es de carácter subjetivo y donde no aplican, por ende, las categorías calificativas de verdadero o falso. Este último aspecto, es el que se denomina **libertad de pensamiento y de opinión** y que, en suma, es el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos de todo tipo (políticos, religiosos, científicos, artísticos, etc.). Aunque ello no deriva en estricto de los instrumentos citados, suele distinguirse entre **libertad de expresión** y **libertad de información** precisamente en función de su naturaleza subjetiva (libertad de expresión) o verificable (libertad de información)⁷.

IV. Los derechos del vecino

Todos hemos escuchado decir que **“los derechos de uno terminan donde empiezan los derechos del otro”**, lo cual es muy cierto, pero puede ser mucho más complicado de aplicar de lo que suena, puesto que las esferas de protección de los diferentes derechos tienden a ser borrosas, superponerse y entrecruzarse. A menudo, los límites de los derechos subjetivos son dinámicos porque su aplicación a situaciones concretas puede depender de los derechos y objetos de protección jurídica con los que entra en conflicto. Un concepto de gran ayuda, desarrollado por la doctrina constitucional, es el de “núcleo duro”. Así se denomina, como explica Nogueira Alcalá, al contenido mínimo o esencial, objetivo e intrínseco de cada derecho, tanto así que constituye “una entidad previa a la regulación legislativa”. Este contenido esencial es el que hace “reconocible” al respectivo derecho⁸. Es un contenido esencial, mínimo e irreductible, que no se puede afectar porque vaciaría al derecho de contenido, trastocando el ordenamiento.

También es importante considerar que muchos derechos, y en particular los derechos fundamentales, existen y son reconocidos como resultado de procesos sociales y políticos que ocurrieron en determinado momento histórico. El derecho al

⁷ Ver, por ejemplo, el Acuerdo Plenario 3-2006/CJ-116 de la Corte Suprema del Perú.

⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2005). *Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales*. Ius et Praxis, 11(2), p. 25.

voto, a la propiedad y a la libertad religiosa, por ejemplo, son resultado de luchas, revoluciones y cambios generacionales. De hecho, la libertad religiosa es un aspecto de la libertad de pensamiento. De otro lado, siendo que el devenir histórico es un proceso continuo, muchos derechos continúan evolucionando después de haber sido reconocidos en primer lugar. Para no ir más lejos (y no encontrarnos con instituciones como la esclavitud y la inquisición) hace menos de 100 años, por ejemplo, las mujeres no votaban en el Perú, había segregación racial en Estados Unidos y en el Reino Unido la homosexualidad era un delito penado con cárcel. Y hace 20 años, el derecho a la protección de los datos personales no existía, porque este es, en buena parte, consecuencia del desarrollo informático y digital que se inicia con la internet, y hace 40 años no existía internet como la conocemos ahora. Así, la determinación del alcance de un derecho puede ser doblemente dinámica. Por un lado, dependiendo de los derechos con que puede entrar en conflicto y, por el otro, dependiendo de su propia evolución.

V. Contenido esencial

Como consecuencia de su génesis y evolución, la libertad de pensamiento y opinión (o libertad de expresión) tienen un contenido esencial muy amplio y prácticamente irrestricto. En el pasado, la libertad de pensamiento ha sido repetidamente vulnerada como consecuencia de intereses e intolerancias diversos, que terminaron imponiendo su censura, cuando no castigos peores, contra quienes pensaban distinto. Los regímenes políticos, incluso los menos autoritarios, han tenido siempre la tentación de silenciar las críticas, de modo que su popularidad y aceptación parezcan mayores, buscando conjurar de ese modo los peligros de la oposición de ideas. De otro lado, la intolerancia ha tomado el nombre de la religión, de la moral, de la ciencia o del bien común, etc., para silenciar a aquellos con quienes no se estaba de acuerdo. Galileo Galilei, por ejemplo, fue acusado de hereje por decir que la tierra giraba alrededor del sol y la medicina no tradicional fue tildada de hechicería. Luego, la historia demostraría que el silencio y la censura son los mejores cómplices de las peores dictaduras, que los hechiceros y herejes tenían muchas veces razón, y que la intolerancia y la inquisición sólo consiguen retrasar el desarrollo del conocimiento y de la cultura, dejando a su paso, además, millones de víctimas inocentes.

Los movimientos que han revolucionado las artes y las ciencias, por definición, han comenzado siempre como movimientos marginales, opuestos a las corrientes mayoritarias, y han sido, históricamente, combatidos ferozmente por las élites dominantes y por el *statu quo*. Por ello, hoy día, se proscriben toda forma de censura y es muy claro que ésta no se justifica bajo circunstancia alguna, aun cuando provenga de las mayorías o de las esferas del orden establecido. Las ideas, opiniones y todo tipo de manifestaciones culturales, necesitan ser respetadas de modo

absoluto, incluso cuando resulten ofensivas o absurdas para el resto, porque de otro modo regresaríamos a las épocas de la inquisición y la caza de brujas. La historia ha demostrado ya que las sociedades necesitan pluralidad, tolerancia y respeto para poder desarrollarse y vivir en paz. Y para que todo lo avanzado se pierda en un momento, podría bastar algo tan simple como creer que la censura está bien porque se hace de buena fe, por parte de una gran mayoría que honestamente cree que así contribuye al bien común.

VI. Charlie Hebdo, Voltaire y Francisco I

Hace algunos años (en 2015), miles de personas en el mundo, indignadas por el brutal asesinato de artistas/periodistas de la revista francesa Charlie Hebdo a manos de extremistas musulmanes como consecuencia de haber publicado caricaturas ridiculizando al profeta Mahoma, protestaban, enarbolando la frase **“yo soy Charlie Hebdo”**, es decir, no sólo defendiendo la libertad de expresión, sino identificándose de alguna manera (“yo soy”) con las víctimas. Entonces, uno se preguntaba si, en efecto, todas estas personas que protestaban contra el asesinato se identificaban con la línea irreverente y faltosa (por decir lo menos) de Charlie Hebdo. ¿Es que acaso para defender la libertad de expresión de alguien, tengo que estar de acuerdo con sus ideas? La respuesta era claramente que no, mi propio caso incluido. Si así fuera, todo el tema perdería sentido. Prefiero, por ello, la frase atribuida a Voltaire: “Desapruebo lo que dice, pero defenderé hasta la muerte su derecho a decirlo”. Como relata Guillermo Fatás:

El hombre a quien alude con una empatía -más valiosa porque es a despecho de una profunda discrepancia- es Claude-Adrien Schweitzer o “Helvecio” contemporáneo suyo, perseguido por masón, filósofo deísta -aunque no cristiano- y materialista. Voltaire no comulgaba con él y lo hallaba superficial (sin embargo) el apego de Voltaire por la libertad de palabra fue constante y a su defensa aplicó su mucho ingenio y su amplísima cultura, además de un gran ardor expresivo contra ‘el infame’, como llamaba a todo opresor del libre pensamiento. Es conmovedor, por ejemplo, su recuerdo permanente de la muerte del aragonés Miguel Servet, quemado vivo por obra del protestante Juan Calvino y de su temible teocracia, que se adueñó de Ginebra en el siglo XVI.⁹

Personalmente, no me gustaba Charlie Hebdo. No compartía muchas de sus ideas y, sobre todo, no compartía la forma agresiva, provocadora y ofensiva que tenían de

⁹ Anecdóticamente, cuenta también Fatás que, en realidad, en ninguna de las obras de Voltaire aparece esta frase que tantas veces se le atribuye. Habría sido escrita, más bien, en la obra ‘The Friends of Voltaire’, de S.G. Tallentyre (seudónimo de la autora británica Evelyn Beatrice Hall) donde Voltaire, hecho personaje, defiende a Helvetius, cuyo tratado ‘De l’Esprit’ había sido condenado en Francia por heterodoxo.

expresarlas. Pero rechacé profundamente la agresión y violencia de que fueron víctimas, porque la libertad de expresión es un derecho fundamental que considero de la mayor importancia, sin cuya defensa más vigorosa puede peligrar de inmediato todo el sistema de valores de una moderna democracia liberal.

Mas o menos por la misma época, un obispo católico se refería de forma alevosamente ofensiva a un congresista LGTBI, apelando a una excusa terminológica, pero con la muy clara intención de ofender (“esa es la palabra en castellano, si le ofende, entonces le pido disculpas”). Por otro lado, el Papa Francisco I, refiriéndose al tema Charlie Hebdo (que continuamente publicaba contenidos ofensivos contra los católicos y sus íconos, como la virgen María), declaraba que, si alguien insulta a la madre de otro, no es extraño que el agredido reaccione propinándole una bofetada o un puñetazo¹⁰. Decía Francisco I que, en teoría, no puede discutirse el derecho a la libertad de expresión del que ofende, y que las ofensas no justifican la violencia, pero decía también que no se puede ignorar las consecuencias o reacción que esa conducta puede tener en la práctica, por lo que esa libertad “tiene límites” y debe ser ejercida con “prudencia”, evitando “provocar” la posible reacción de otros. Ciertamente, el Papa no tenía el tema conceptual muy claro. Cuando dice que la libertad de expresión tiene límites parece decir que si esos límites se cruzan entonces sería lícito o “normal” el uso de la violencia como represalia. Estamos de acuerdo que la libertad de expresión debe ser ejercida con prudencia y que las ofensas no son deseables. ¿Pero, cuando un imprudente como el aludido obispo lanza ofensas provocadoras, es acaso admisible el puñetazo como respuesta? Evidentemente no.

VII. Larry Flynt

Hemos dicho que el contenido esencial o núcleo duro de la libertad de opinión es, o debe ser, por naturaleza, absoluto. Ello no significa que todos los aspectos o dimensiones de la libertad de expresión sean iguales. Existen, naturalmente, límites derivados del conflicto con otros derechos, como la reputación y el honor, o de objetos jurídicamente protegidos como la verdad. Cabe notar, nuevamente, la diferencia -fundamental- entre información objetiva e información subjetiva. Ambos tipos de información, por ejemplo, pueden resultar ofensivos para otros. La información objetiva, además, puede ser verdadera o falsa, como ya se ha visto. Asimismo, puede distinguirse entre la ofensa de tipo “indirecto” a símbolos religiosos, patrios, o similares, que pueden ofender a todo un colectivo (nación, pueblo, iglesia) y la ofensa “directa” que recae sobre una persona determinada.

¹⁰ Consulta realizada el día 30 de enero de 2024.
https://elpais.com/internacional/2015/01/15/actualidad/1421338937_061017.html

En el caso *Hustler Magazine v. Falwell*¹¹, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que las parodias de personajes públicos, incluso aquellas que tuvieran la intención de ofender, están protegidas por la *primera enmienda*, cláusula constitucional que protege las libertades de expresión, religión, prensa y reunión. La historia corta es que la revista *Hustler*, de propiedad de Larry Flynt, venía siendo asidua y ferozmente criticada por el muy famoso predicador evangélico Jerry Falwell, a causa de su contenido adulto, bastante subido de tono para la época. Así, las cosas, *Hustler* publica una parodia¹² en la que se presenta a Falwell como un imbécil y un degenerado, hablando de haber tenido sexo con su madre. Falwell, naturalmente demanda a Flynt y a la revista *Hustler*. El caso llega a la Corte Suprema, donde se establece el precedente. La clave reside en que el contenido de una parodia es considerado una expresión subjetiva o artística. Un criterio fundamental que la corte consideró es que los mensajes vertidos acerca de Falwell no podían razonablemente ser tenidos como afirmaciones serias. Así, la información (v.g. el mensaje) en cuestión no era susceptible de verificación objetiva y por lo tanto tampoco de ser verdadera o falsa, por lo que no calificaba como difamación o calumnia. Ello, sumado al carácter público del demandante, termina por convencer a la Corte de que nos encontramos en ese ámbito de las ideas y la libertad de expresión que no puede tener límites, incluso si ello “ofende” o causa “daño emocional” al demandante.¹³

VIII. Mr. Bean

Es de destacar la reciente campaña iniciada por el actor británico Rowan Atkinson (conocido por su interpretación del personaje Mr. Bean) a favor de la libertad de expresión y en contra de una ley que pretende aprobarse, criminalizando el uso de “lenguaje ofensivo”. Atkinson, en un brillante discurso que recomiendo leer¹⁴, dice:

Aunque la ley en discusión ha estado en el libro de estatutos durante más de 25 años, es indicativa de una cultura que se ha apoderado de los programas de gobiernos sucesivos y que, con la ambición razonable y bien intencionada de contener elementos desagradables en la sociedad, ha creado una sociedad de

¹¹ Corte Suprema de los Estados Unidos. (1988). N°. 485 U.S. 46

¹² Una parodia es una imitación o representación en tono de burla, caricatura o remedo. Normalmente, su propio tono hace evidente que el mensaje no va en serio y frecuentemente incluye una advertencia o aclaración al respecto.

¹³ La historia del precedente se entrecruza con la increíble historia personal de Flynt, narrada magistralmente en el filme *The People vs. Larry Flynt*, que recomiendo entusiastamente. De hecho, la increíble historia continúa incluso después del filme, a raíz del cual Flynt y Falwell terminan haciéndose amigos y activistas aliados en torno a la compleja relación entre moralidad y libertad de expresión (<https://shorturl.at/zEMQ4>)

¹⁴ ATKINSON, Rowan. Rowan Atkinson: Free Speech. Consulta realizada el día 21 de noviembre de 2023. Disponible en web: (insertar link). Véase <https://www.englishspeecheschannel.com/english-speeches/rowan-atkinson-speech/>

naturaleza extraordinariamente autoritaria y controladora. Es lo que podríamos llamar La Nueva Intolerancia, un deseo nuevo pero intenso de callar las voces incómodas disidentes. "No soy intolerante", dicen muchas personas; dicen muchas personas educadas y de mente liberal, hablando suavemente: "Solo soy intolerante ante la intolerancia". Y la gente tiende a asentir sabiamente y decir "Oh, palabras sabias, palabras sabias", y sin embargo, si piensas en esta declaración supuestamente incuestionable durante más de cinco segundos, te das cuenta de que todo lo que está abogando es por reemplazar un tipo de intolerancia con otro. Lo cual, para mí, no representa ningún tipo de progreso en absoluto. Los prejuicios subyacentes, las injusticias o los resentimientos no se abordan arrojando a las personas: se abordan ventilando, discutiendo y tratando preferiblemente fuera del proceso legal.

Para mí, la mejor manera de aumentar la resistencia de la sociedad hacia el discurso insultante u ofensivo es permitir mucho más de ello. Al igual que con las enfermedades infantiles, puedes resistir mejor esos gérmenes a los que has estado expuesto.

IX. La neoinquisición

Ya hemos visto que sin libertad de pensamiento y de opinión no hay democracia ni estado de derecho y que su protección necesita ser muy amplia, siendo que toda censura la vacía de contenido. Y aunque resulte a veces contraintuitivo, la censura no se justifica por incómodas, absurdas o terribles que sean algunas ideas. Por ello hay que ser como Voltaire y defender a toda costa la libertad de expresión de todos, en especial de los que opinan distinto. Porque, si tuviéramos que diferenciar la paja del trigo, caeríamos inevitablemente en la dictadura de aquel o aquellos encargados de diferenciar, quienes se convertirían, literalmente, en los dueños de la verdad. Este concepto es clave porque la censura y, por ende, el atentado contra la libertad de expresión puede tener muchas formas, coartadas y disfraces. Puede venir con la bandera de la mayoría o de la democracia, o de la patria, o de Dios, o del "pueblo" o de "las minorías" o de determinados supuestos derechos. Quien no entienda esto, será manipulado.

Como explica y documenta ampliamente Kaiser¹⁵ por ejemplo:

[H]oy ya no se quema a las brujas en la hoguera ni se somete a nadie a un proceso inquisitorial. Pero no cabe duda de que un nuevo puritanismo, cuyo origen se encuentra esta vez en la izquierda intelectual, afecta de lleno a Occidente y causa un daño considerable. Vivimos en la era de la llamada «corrección política», que podría definirse como una práctica cultural cuyo

¹⁵ KAISER, A. *La neoinquisición*. Deusto, Barcelona 2020

objetivo es la destrucción de la reputación personal, la censura e incluso la sanción penal de aquellas personas o instituciones que no se adhieran a cierta ideología identitaria, la desafíen o la ignoren. Una ideología que promueve la liberación de grupos considerados víctimas del opresivo orden occidental, que tiene sus propios estándares de pureza moral y establece una clara distinción entre el bien y el mal. Sus apóstoles, como ocurría con las viejas persecuciones de brujas, están dispuestos a seguir el dedo acusador donde quiera que apunte para destruir al diablo y liberar a la sociedad de su influencia maligna. Al igual que los tribunales de antaño, quien se declara en contra de sus postulados es identificado con el mal, exponiéndose a las turbas y los tribunales populares de los medios de comunicación y las redes sociales.

Un ejemplo, ya lo hemos mencionado, es que en ciertos países se pretenda proscribir y penalizar el uso del “lenguaje ofensivo” – y por ello la importancia del discurso de Atkinson. Y es que la censura a la que hay que temer, como denuncia Kaiser, no solo es legal. Antes de la consagración legal de la censura hay una serie de pasos previos que allanan el camino. Uno de ellos es la censura social. Estemos advertidos de ideologías que se pretenden imponer bajo sanción de censura social, porque allí es donde se empieza a socavar el pilar fundamental. De allí a la censura legal hay solo un paso.

X. Honor y la reputación

En algunos ordenamientos, no existe infracción legal cuando se dice la verdad o se expresa una opinión subjetiva, aunque ello ofenda a un tercero. En otros ordenamientos, como el peruano, encontramos la figura de la injuria, un tipo penal que consiste en la pura ofensa intencional contra una persona determinada, independientemente de que la frase ofensiva pueda ser objetivamente cierta. Aquí el conflicto de la libertad de expresión o información ocurre con el derecho al honor que es inherente a todo ser humano por su condición de tal. La veracidad no funciona como defensa, porque el daño no es a la buena reputación (que podría no ser tan buena) sino al honor. En este caso, cabe aclarar, el delito se presenta únicamente cuando una persona concreta resulta agraviada. No estamos ante el supuesto en que se ofende a una figura simbólica, sea real o ficticia, viva o muerta (por ejemplo, el profeta Mahoma, o Jesucristo). Tampoco si se ofende a un colectivo, como determinada raza o religión o grupo social. De este modo, la injuria queda acotada estrictamente a la ofensa personal. En ese acotado contexto parece haber primado el criterio de que “para opinar no es necesario ofender” y que, en el conflicto, prevalece el honor frente a la libertad de expresión. Es importante, en todo caso y como advierte Atkinson, notar que la represión no debe extenderse de modo tal que se convierta en una represión de ideas u opiniones que puedan resultar “ofensivas” para otros. Ello no sería otra cosa que otorgar a aquellos otros

el poder de la censura previa. Abrir la puerta de la sanción a la ofensa, en términos generales o abstractos, es inaceptable porque permite la persecución de ideas, socava la libertad de pensamiento, ingrediente fundamental de la democracia y el estado de derecho.

XI. La moral, las mayorías y la protesta violenta

Un grupo importante (aunque no mayoritario ni mucho menos) de peruanos protestaba un día frente a un canal de televisión, y en las redes sociales, contra algunos programas de Televisión que consideran “TV Basura”. El gerente del canal, que veía la protesta desde la ventana me dice: “Si los *fans* que apoyan esos programas organizaran una manifestación, ésta probablemente sería más grande y multitudinaria. Es cierto, a juzgar por los índices de sintonía. Uno se pregunta, entonces. ¿Será que estas manifestaciones de protesta pretenden dar la impresión de mayoría para presionar por ahí? ¿O es que son una minoría y lo saben, pero se manifiestan para llamar la atención como minoría? ¿Hace alguna diferencia a la validez de su protesta el hecho de ser mayoría o minoría? El derecho a la libertad de expresión suele proteger a las minorías contra la censura de las mayorías que, digamos, se “adueñan” de “la verdad”. En este caso, parecería que estamos ante una minoría que pretende restringir la libertad de expresión censurando algunos contenidos porque no está de acuerdo con lo que la mayoría elige. Paradójico, ciertamente. Personalmente, si no me gusta un programa, simplemente no lo veo, pero no por ello pido que se le censure. No importa si a la mayoría le gusta o no. Si les gusta a muchos, tendrá gran audiencia y sobrevivirá. Si gusta a pocos, no sobrevivirá. Alguno preguntará: ¿Y qué ocurre si muchos tienen mal juicio? Pues, nada. Habrá que lidiar con ello en el plano de las ideas. Lo que no se puede es censurar ideas u opiniones. Lo que no se puede es darles a algunos el derecho a decidir qué es bueno y qué es malo, porque allí acaba la democracia. Ahora, es evidente que -al mismo tiempo- la protesta (siempre que sea pacífica) es válida y debe defenderse, aunque no estemos de acuerdo con el contenido, porque ella no es sino el ejercicio de la libertad de expresión de los que protestan. Si la protesta convence a otros de no ver el programa, en buena hora. Si convence al canal de no transmitir ese contenido, está bien. Pero debemos de empezar a preocuparnos cuando algunas ideas u opiniones son censuradas mediante cualquier forma de coacción, aunque venga disfrazada de “corrección” social. Preocupémonos y protestemos, entonces, si encontramos que en los hechos se reprime o suprime ciertas corrientes de pensamiento u opinión y hay quienes no pueden decir lo que piensan por miedo a las represalias u otras consecuencias. Ello significa, también, condenar la violencia que se disfraza de libertad de expresión o de “activismo”. Las manifestaciones o protestas violentas, que restringen por la fuerza derechos ajenos, no son otra cosa que una forma disfrazada de censura, pues atacan y pretenden cancelar por la fuerza las ideas de otros. Mi derecho a opinar me protege contra la

violencia o el uso de la fuerza contra mí por causa de mis opiniones. Esto funciona, obviamente, en ambos sentidos. Obviamente, con el pretexto de la libertad de expresión, pensamiento y opinión, nadie tiene derecho a ejercer la violencia contra terceros, por ejemplo, bloqueando caminos o destruyendo infraestructura u obras de arte. Es un tema simple de reciprocidad y equidad.

XII. La protección al menor

En la mayoría de los ordenamientos se acepta la restricción de determinados contenidos a los menores de edad. El razonamiento es que no se censura la expresión o idea en sí misma, sino que se protege de ésta a un determinado público, dado que es un público de personas en formación, que carecen o podrían carecer de suficiente discernimiento. Bajo esas condiciones excepcionales, la sociedad determina aquellos contenidos potencialmente dañinos y protege de ellos a los menores. El problema es que no es fácil siempre definir qué contenidos son potencialmente dañinos y justifican ser censurados para los menores y, sobre todo, decidir quién tiene la decisión. ¿Por ejemplo, se justifica prohibir todo contenido religioso, o algún tipo de contenido religioso? ¿Puede el estado prohibir algún tipo de contenidos independientemente de la decisión de los padres? ¿Pueden los padres o el Estado imponer ciertos contenidos a los menores y excluir otros similares? El tema, que atañe el derecho de información de los menores, es muy complejo como para tratarlo en este artículo. En principio, no siendo óptima, le mejor alternativa es que los padres tengan la decisión, como consecuencia de la patria potestad.

XIII. La veracidad como límite

Hemos dicho que la verdad, como valor y como objeto jurídicamente tutelado, sirve como uno de los límites a la libertad de expresión. Como se habrá advertido, ello aplica únicamente a aseveraciones relativas a hechos objetivamente comprobables. Las opiniones y expresiones subjetivas no son ciertas ni falsas, sino todo lo contrario. El valor verdad permite ser protegido de modo absoluto solamente cuando puede determinarse de modo objetivo, es decir, en el sentido de correspondencia con los hechos de la realidad. La “verdad” derivada de la razón pura, las ideas, las artes, las ciencias (especialmente las sociales) o la fe, no existe en sentido absoluto porque no es objetiva. En ese ámbito lo absoluto es, más bien, la ausencia de verdad y es justamente ello lo que se protege con la libertad de expresión.

En virtud de la libertad de expresión uno puede opinar lo que quiera, pero no puede mentir, especialmente si con la mentira causa daño, sea emocional, reputacional y/o económico. En cuanto a ideas y expresiones culturales, la libertad de expresión es

absoluta, pero en lo que respecta a hechos de la realidad comprobables objetivamente, tiene como límite el principio de veracidad.

Pueden existir matices, derivados de la posibilidad de que los hechos de la realidad, en efecto, puedan ser o hayan sido objetivamente determinados. Ello tiene importantes implicancias, por ejemplo, en la publicidad comercial y en la libertad de prensa e información. ¿Qué ocurre si, digamos, ha ocurrido un asesinato, hay un sospechoso y no se ha determinado a ciencia cierta su culpabilidad? A nivel judicial ciertamente opera una presunción de inocencia, pero a nivel informativo y social operan otras reglas. En la jurisprudencia norteamericana que ha tratado con mayor extensión el tema, hay precedentes según los cuales un periodista que opina -de buena fe- que el sospechoso es culpable, tiene derecho a expresar esa opinión. En la medida que la verdad no ha sido establecida y no hay elementos objetivos que determinen qué es cierto o falso, el tema es, hasta cierto punto, de opinión. Incluso después de absuelto, alguien puede opinar, válidamente, que el jurado se equivocó y que el sospechoso era culpable. La posibilidad de criticar los fallos judiciales es ciertamente un aspecto importante de la libertad de expresión. Pero, evidentemente el tema es delicado. Una cosa es especular y opinar sobre hechos que no se conocen a ciencia cierta, dejando en claro que se trata de una opinión especulativa, y otra es afirmar o “informar” que los hechos ocurrieron de una determinada manera, cuando no hay evidencia que sustente esa información, pues esto último sí resultaría contrario a la verdad. Esto funciona de modo parecido en la publicidad comercial, en la prensa informativa y en las interacciones sociales. La libertad de expresión protege las opiniones e ideas subjetivas, pero esto se flexibiliza en tanto en la opinión se integran elementos de hecho comprobables. No se puede “opinar” que alguien es un delincuente o que una medicina es más efectiva que otra sin tener suficientes elementos objetivos de juicio. La clave está en el mensaje que se transmite, que frecuentemente va más allá de lo que se dice o escribe, pues está alimentado por el contexto.

XIV. La apología del delito

Existen casos puntuales ciertos ordenamientos, donde se ha proscrito determinadas ideologías o doctrinas de naturaleza violentista, respecto de las cuales existe una experiencia histórica lo suficientemente negativa como para estar seguros de no querer que se repita. El razonamiento sería que con la prohibición no opera el prejuicio, sino justamente lo contrario: una convicción basada en una experiencia histórica traumática. Es el caso de la apología del nazismo en Alemania o la apología del terrorismo en el Perú. Paradójicamente, de la misma manera que se protege la libertad de expresión para que no se repita la Inquisición, se pone límites a la misma libertad de expresión para que no se repitan Sendero Luminoso o el Nacional Socialismo. Esto, sin embargo, es peligroso. Cualquier prohibición

implica calificar determinadas ideas u opiniones y ello implica darle a alguien la discrecionalidad, precisamente, de calificar. Ello, aunque se trate de doctrinas tan probadamente nefastas como el nazismo o el senderismo. Más delicado y complejo aun es el caso de la “incitación a la violencia” o la “apología del delito” como conceptos generales o abstractos. No se trata ya de proscribir una doctrina que, históricamente, en un determinado espacio y contexto ha probado ser perniciosa. Se trata de conceptos bastante más generales, que podrían encerrar una forma selectiva de censura.

Preocupa, en ese sentido, la última parte del artículo 13 de la CADH, antes citado, porque ordena a los países miembros prohibir “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”¹⁶. Aquí, la CADH es bastante laxa con el concepto y no solo admite, sino ordena, la prohibición de cierto tipo de opiniones, lo cual resulta, cuando menos, cuestionable y contradictorio, aunque aparentemente suene bien, pues comienza indicando que no puede haber censura previa y termina ordenando, justamente, la prohibición o censura previa- de cierto tipo de opiniones. El problema, nuevamente, es que este tipo de norma implica, por ejemplo, que alguien decide qué cosa es apología del odio y qué no lo es. En los últimos tiempos hemos visto mucha incitación a la violencia y apología del odio en el Perú, seguidos de episodios y acciones concretas de odio y violencia por ciertos sectores de la población, lo cual no generó mayor reacción de las CIDH¹⁷ Pero podría generarla en otro contexto. Ese es, precisamente, el problema con la discrecionalidad.

En todo caso, ante delitos de esta naturaleza, es importante preguntarnos si nos encontramos ante un delito de opinión y cómo ello afecta la libertad de expresión. ¿La **incitación a la violencia** requiere algo más que opinar a favor del uso de la fuerza en una situación específica, o es simplemente una opinión? ¿Cómo funciona la apología del delito? Cabe distinguir el estar en desacuerdo con el tipo penal, pero tener una opinión contraria a la práctica. Por ejemplo, si opino a favor de la despenalización de las drogas y del aborto, y considero que no deberían ser considerados delitos (porque pueden y deben ser combatidos o prevenidos de manera más eficiente que mediante su criminalización). ¿Pero, qué ocurre si opino no sólo en contra de la criminalización de una conducta, sino a favor de ella? Digamos, por ejemplo, que la prostitución es un delito y yo opino no sólo que debería descriminalizarse la conducta, sino que no tiene nada de malo mientras se ejerza con libertad. ¿Dado que la opinión no es sólo en contra del tipo penal sino

¹⁶ Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), 11 de febrero de 1978.

¹⁷ Aquí nos referimos indistintamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

también a favor de la conducta, del delito en abstracto, podría esta opinión entenderse como **apología** del delito? Parece claro que una tipificación en ese sentido sería contraria a la libertad de expresión, a favor del delito de opinión y por lo tanto inconstitucional. ¿Cambia ello si el tipo penal está referido a la defensa o alabanza de hechos concretos, donde una o más personas cometieron un delito? El razonamiento detrás de ello sería que no se afecta la capacidad de opinar, por ejemplo, en contra del tipo penal o incluso de la conducta en abstracto, pero que defender la conducta concreta de alguien que violó la ley no puede ser coherente con el ordenamiento. ¿Pero, qué ocurre entonces si, por ejemplo, el delito es un delito de opinión, inconstitucional? No pretendemos agotar aquí el tema. La idea es tomar nota de la importancia de hacer estas preguntas. Consideremos, *a priori*, que los tipos legales deberían mantenerse fuera de la esfera de las opiniones subjetivas y enfocarse en todo caso, en sancionar las conductas que resulten formas de colaboración o incitación reales en la comisión de delitos específicos.

XV. Libertad de expresión y privacidad

Los derechos a la privacidad y la intimidad, incluyendo el derecho a la protección de los datos personales, pueden entrar en conflicto con la libertad de información, que es parte de la libertad de expresión. En realidad, resulta paradójico el surgimiento de la “autodeterminación informativa”, es decir, el derecho de los individuos a controlar el flujo de su información personal, justamente en la era de Google, Facebook, YouTube y el Gran Hermano. Paradójico porque el derecho se hace más estricto justo en el momento en que es más difícil de hacer cumplir. Posner¹⁸ cuestiona el derecho a la privacidad en tanto puede servir para mostrar una imagen distorsionada de las personas, donde aparece sólo lo bueno y se oculta lo malo. Tenemos el ejemplo de los audios de conversaciones interceptadas, de delincuentes conspirando. ¿Pesa más la privacidad o el derecho de información? ¿Y que ocurre si no son delincuentes conspirando, sino personas “públicas” cometiendo algún tipo de desliz? ¿Se puede limitar el derecho de, por ejemplo, Google, a buscar (o encontrar) información en Internet con base en un discutible “derecho al olvido” de determinado ciudadano (lo que significa en realidad limitar el derecho de cualquier ciudadano a usar esa herramienta)? Los posibles conflictos de privacidad con las libertades de expresión e información son tan numerosos y complejos que su análisis excede muy largamente el propósito de este trabajo. Nos limitamos por ello a hacer una mención enunciativa de algunas de las preguntas más frecuentes.

XVI. Concentración de medios y pluralismo informativo

¹⁸ POSNER, R. *The right of Privacy*, Georgia Law Review, Vol. 12, No 3, 1978.

La monopolización de los medios de comunicación es un supuesto nefasto y absolutamente indeseable. Es la supresión de la libertad de expresión. Los ciudadanos se ven impedidos de expresar sus ideas libremente y/o son sancionados, perjudicados o discriminados al hacerlo. Podemos verla muy claramente en países como Cuba o Venezuela. Históricamente, las restricciones a la libertad de expresión han provenido fundamentalmente del Estado. Los regímenes totalitarios o autoritarios buscan silenciar a la opinión pública que les es adversa, para lo cual una de las formas es monopolizando los medios de comunicación. En el Perú, en los últimos 100 años hemos visto desde la modalidad “clásica” y frontal, consistente en la expropiación de los medios (v.g. Velasco) hasta modalidades más sofisticadas, como la “compra” de líneas editoriales y el uso de la coacción (v.g. Fujimori).

Antiguamente, los gobiernos monopolizaban vía expropiación el control de los medios y censuraban todo aquello que les era desfavorable o incómodo. En la medida que dicha modalidad se ha ido haciendo menos practicable debido a la globalización, las consecuencias internacionales y la aparición de internet, entre otros factores. Entonces, tornaron a modalidades más complejas y veladas, como el soborno, la presión y/o la amenaza. Este supuesto, donde se controla la información que los o que los ciudadanos pueden recibir y/o difundir requiere el control de un porcentaje suficientemente alto de los medios. Por ello es por lo que la Constitución habla de “monopolio”, “exclusividad” y “acaparamiento”. Y aunque el uso de los términos no es el más feliz, no puede sino interpretarse, que el legislador constituyente quiso referirse básicamente a lo mismo, es decir, a aquella situación en la cual alguien (sea el estado o un privado) controla los medios al punto de poder afectar la libertad de expresión manipulando, silenciando o falseando la realidad y/o la opinión pública. Afortunadamente, hoy en día ello resulta complicado en el contexto de una economía de mercado y la internet donde el flujo de información global y en múltiples direcciones es virtualmente ilimitado. Asimismo, en economías de mercado, los consumidores toman decisiones que afectan tanto las ventas de los medios de comunicación (sean ventas de la información misma o de subproductos como publicidad o data), como su lectoría y audiencia. En la “era de la información” el mercado de la información es un mercado que casi no tiene barreras de entrada¹⁹.

Lo que sí puede ocurrir en una economía de mercado y en una democracia, es que exista uno o más privados que en un momento dado tengan una posición

¹⁹ La definición técnica de barreras no alude a cualquier costo o dificultad, sino únicamente a aquellos que no son intrínsecos o normales en el mercado respectivo (como los costos financieros o los de materia prima). Stigler habla de los costos “que los otros no han asumido”. Hay también las denominadas “barreras positivas” (Bork), como el prestigio, la experiencia, la relación con los clientes, etc. de los actores que ya están en un mercado y que hacen que sea más difícil entrar a los nuevos.

dominante desde el punto de vista económico (respecto de las ventas de un determinado bien o servicio) y/o una posición prevalente o de liderazgo en cuanto a la información y la opinión. Pero ello no significa necesariamente que la libertad de expresión esté siendo afectada. Si bien se trata de un aspecto clave para tenerlo en cuenta, es fundamental entender que el pluralismo no puede ser forzado ni artificial. Simplificando para efectos del ejemplo, imaginemos que en una sociedad hay cuatro formas de pensar o corrientes de opinión. Y, digamos que 50% piensa de una manera “A”, 30% piensa de una manera “B”; un 15% piensa de manera “C” y 5% de una manera “D”. ¿Eso acaso significa que los porcentajes de participación en el mercado de los medios de comunicación y sus respectivas líneas editoriales tendrían que coincidir? ¿Y que si no coinciden el Estado tendría que intervenir para, corregir el problema?

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, declara (principio 12) que “Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos”²⁰ Pero una declaración como esta, aunque suene bonito, debe ser tomada con pinzas. Los monopolios y oligopolios son, fundamentalmente, instituciones del derecho de la competencia y no se pueden mezclar ni confundir con los factores -distintos- que determinan el pluralismo de ideas. En un mercado hipotético donde hay 4 medios de comunicación, cada uno con más o menos 25% de participación, los cuales compiten vigorosamente por el liderazgo en ventas, difícilmente podría hablarse de monopolio u oligopolio. Ahora, si 3 de esos 4 medios tienen una línea editorial muy similar, el nivel de “pluralismo” parecería bajo, pero no es así. La lógica nos dice que en este caso hipotético la opinión de la gente es bastante homogénea en un alto porcentaje de la población. Los medios, en su esfuerzo competitivo, están alineados con lo que piensa la mayoría, y es por ello, precisamente, por lo que sus líneas editoriales resultan similares. Y las opiniones distintas, minoritarias, están igualmente representadas en el otro medio, que seguramente -también dentro de su esfuerzo competitivo- se alinea con ese sector de la audiencia. Eso es pluralismo: la representación de todas las opiniones en su dimensión y proporción real, sin que haya censura ni discriminación de unas en favor de otras. Nótese que en el ejemplo lo que genera el pluralismo es un mecanismo de mercado como la competencia. Si se cuida y garantiza la competencia, muy probablemente se garantiza el pluralismo también.

²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Declaración de principios sobre libertad de expresión. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/declaracion-principios-libertad-expresion.pdf>

Dicho ello, es importante tener en cuenta que, tratándose de medios de comunicación, si bien existe una correlación entre el nivel de competencia económica y el nivel de lectoría o audiencia, o de influencia, no se puede establecer una equivalencia de los factores que determinan la posible afectación de la competencia económica y la posible afectación de la libertad de expresión. Es decir, aunque el análisis puede ser análogo (con relación a barreras de entrada, mercado relevante y otros factores) los parámetros a tomar en cuenta y los efectos que se pretende observar no sólo son completamente distintos, sino que ocurren en distintos niveles. Así, el nivel de competencia que puede determinar una subida de precios no es necesariamente el mismo que puede determinar un nivel mayor o menor de lectoría o audiencia, o de influencia. Por poner sólo dos ejemplos, hay muchos consumidores que leen determinados medios, pero no los compran. Así mismo, hay consumidores que compran o “consumen” medios con los que no están de acuerdo, únicamente porque quieren ver y escuchar puntos de vista distintos. Así es mucho más complicado monopolizar o manipular el “mercado de las ideas” que el mercado físico de determinados bienes o servicios como los diarios, o los espacios publicitarios. De otro lado, lo que puede ser el mercado relevante para efectos de las ventas de periódicos o de anuncios publicitarios, es muy distinto de lo que puede ser, para seguir con la analogía, el “mercado relevante” para efectos de la difusión de información, opiniones e ideas. Y, dado que la equivalencia con las participaciones de mercado es claramente errónea, ¿cómo debería medirse entonces el pluralismo de ideas?

El pluralismo no puede ni debe ser entendido como otra cosa que la necesidad de que toda corriente de opinión existente sea respetada y permitida, cuidando que ninguna sea cancelada o censurada. El pluralismo no es un “requisito” en el sentido de que deban igualarse las “oportunidades” de las distintas corrientes de opinión para favorecer a unas en perjuicio de otras. Tal tipo de derecho no existe y ciertamente no es parte del contenido esencial de la libertad de expresión o de información, como ya vimos. Entender de esa manera el pluralismo no sería otra cosa que justificar la intervención estatal para “corregir” situaciones de hecho, es decir, justificar la censura previa de unas ideas, en favor de otras, por parte del Estado. Mal entendido, como “requisito”²¹ el concepto de pluralismo puede ser utilizado para justificar actos que en lugar de defender la libertad de expresión la distorsionen y la violenten. Por ejemplo, una reciente decisión judicial bastante

²¹ Por ejemplo, el Informe Anual 2001 de la Relatoría especial en Libertad de Expresión CIDH. dice “(...) “Cuando las fuentes de información se reducen drásticamente en cantidad, como sucede con los oligopolios, o cuando sólo existe una fuente, como pasa con los monopolios, aumenta la posibilidad de que se elimine el beneficio de que la información difundida sea impugnada por otra fuente, con lo cual, en la práctica, se limita el derecho de información de toda la sociedad (...) los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación de masas representan un grave obstáculo al derecho de todas las personas a expresarse y recibir información, lo que afecta gravemente el requisito del pluralismo (...)”

desafortunada, anula la compraventa de un grupo de diarios, sin base legal, en función de una supuesta afectación al “pluralismo” informativo, bajo i) la presunción de que estos medios tendrían cierta línea editorial (similar a la de los otros medios del mismo propietario) y ii) el argumento de que dicha línea editorial tendría demasiada “participación de mercado”. Así, según el razonamiento del juzgado, dados esos dos supuestos, sería válido disponer la censura previa de dicha corriente de ideas, impidiendo que tengan nuevos medios a su disposición bajo el argumento de que ya tienen demasiados. En la citada sentencia se dice, además:

(343) (...) aun si existieran muchos medios y empresas mediáticas, la libertad de expresión **exige** que entre ellas una o dos o tres de las empresas no tengan **un altísimo dominio o control sobre las audiencias** o lectores o televidentes, haciendo que los restantes medios de comunicación queden reducidos a exiguas e irrelevantes participaciones. **No habrá pluralismo real, por tanto, si existe una notoria desproporción en las participaciones en los mercados.** De no existir un pluralismo real o sustancial, estaremos en una situación de ilegítima restricción contra la libertad de expresión, pues si las noticias y pensamientos recibidos por la inmensa mayoría de la sociedad provienen de solo dos o tres o cuatro empresas de comunicaciones se impide una condición “indispensable” para el disfrute óptimo de la libertad en cabeza del titular colectivo que es toda la sociedad, cual es que dichas noticias y opiniones procedan de los más diversos y distintos puntos de vista.²²

Lo que parece sugerir este preocupante párrafo, es que la competencia es irrelevante, como si el resultado competitivo no fuese precisamente el reflejo de las preferencias de los consumidores. No puede negarse que existen situaciones, a nivel global, donde, a veces, la mayoría de los medios parecen estar alineados con determinadas ideas. ¿Pero, es eso malo en sí mismo? En realidad, no tiene nada de malo -y más bien es muy bueno- si refleja las reales preferencias y sentir del público. Los anglosajones le llaman “*mainstream*” y no es otra cosa que la corriente principal o hegemónica de opinión. Ahora bien, sería malo si es que es el resultado de factores no competitivos (por ejemplo, subsidios o publicidad estatal) que artificialmente mantienen unos medios y una corriente de pensamiento en perjuicio de otras al punto de manipular la percepción de la realidad y/o la opinión pública. En este segundo caso, lo que puede -y debe- hacer el estado es justamente asegurar que exista real competencia y oportunidades abiertas a todos para el flujo de información. Hay que aplicar correctamente las leyes antimonopolio, cuyo objeto es proteger la competencia, eliminar barreras de entrada, sobre todo legales, eliminar o minimizar factores distorsionantes como subsidios y/o impuestos, y no hacer uso político del avisaje estatal.

²² Sentencia de 18 julio de 2023. 4to Juzgado Constitucional CSJ Lima, Expediente N° 35583.

Lo que no debe hacerse son análisis de “monopolios” u “oligopolios” bajo parámetros que olvidan o soslayan los criterios económicos, para confundirse o mezclarse con criterios ideológicos que inevitablemente terminan juzgando el contenido de la información. Quitarles espacios o recursos a quienes difunden determinadas ideas, para dárselas a otros es una forma de censura. Y ello no debe justificarse, aunque se haga bajo la aparentemente noble etiqueta del pluralismo. Desde el momento en que alguna autoridad entra a calificar los contenidos informativos, para el propósito que sea, debe levantarse una alerta roja de posible censura. Es igualmente censura decir que unos contenidos son buenos y otros malos, que decir que hay mucho de algunas ideas, o corrientes, o “líneas editoriales” y muy poco de otras. Esa decisión le corresponde solamente a los ciudadanos y consumidores y nunca debe estar en manos de autoridad alguna. Debemos evitar a toda costa a los “dueños de la verdad” de todo tipo.

XVII. Epílogo

Este trabajo no pretende agotar el debate de cada uno de los temas tratados, sino que busca, como decíamos al inicio, plantear asuntos que consideramos, requieren reflexión y debate. Esperamos haber contribuido a ese objetivo.

XVIII. Algunas conclusiones

- a. El respeto a las libertades de expresión e información es fundamental e indispensable para el funcionamiento del orden democrático y el estado de derecho.
- b. Toda información puede ser, excluyentemente, objetiva o subjetiva. Sin embargo, existen contenidos donde elementos subjetivos y objetivos pueden mezclarse. Es importante en estos casos considerar el mensaje final que se transmite.
- c. Las opiniones y expresiones de carácter subjetivo están protegidas de manera casi absoluta por la libertad de expresión, con excepciones muy puntuales y acotadas (v.g. delito de injuria).
- d. La libertad de expresión no incluye la protección de manifestaciones o expresiones violentas.
- e. La información de contenido objetivamente verificable está sujeta al principio de veracidad.
- f. El pluralismo informativo es la representación de todas las opiniones en su dimensión y proporción real, sin que haya censura ni discriminación de unas en favor de otras. No puede ser forzado o artificial, ni debe usarse como coartada para la intervención estatal de contenidos o medios.