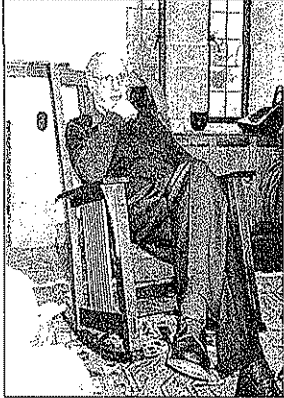


# Contrapunto



## OWEN FISS ROBERTO SABA



### *“El valor de la libertad de expresión”*

*La libertad de expresión resulta ser uno de aquellos pilares fundamentales sobre los que se estructuran los sistemas democráticos modernos. Ella permite el libre flujo de ideas, el control del poder, el diálogo político e incluso la formación de la propia identidad individual y colectiva. A pesar de lo anterior, tanto la legislación como la jurisprudencia chilena no han sabido recoger y consagrar a la libertad de expresión como un valor fundamental de nuestro sistema democrático, afectando con ello, la misma viabilidad de la participación ciudadana y del control del poder público.*

*A la luz de lo anterior, Apuntes de Derecho decidió dedicar su contra-punto al valor de la libertad de expresión y a las problemáticas asociadas a su efectiva consagración.*

*Owen Fiss y Roberto Saba -destacados académicos especialistas en la materia- conversan con Apuntes de Derecho sobre la fundamentación, las restricciones y los conflictos que la libertad de expresión enfrenta en contexto de sociedades abiertas a la libre discusión y el rol que en ellas juegan los tribunales de justicia, el legislador, el periodismo y la sociedad civil en general.*

---

*Entrevista Contrapunto por Andrea Repetto*



**¿Podría definir la libertad de expresión en términos de un derecho individual, como una potestad derivada exclusivamente de nuestra calidad de seres morales autónomos o si, al contrario, considera la libertad de expresión más bien como un valor que resulta especialmente relevante en las sociedades democráticas?**

**OWEN FISS:** La libertad de expresión es tanto un principio filosófico como una norma Constitucional. En este último sentido, se pretende precisamente fortalecer y dar continuidad al sistema democrático. Cabe señalar, además, que es la "Libertad de Expresión" la que asegura a los ciudadanos la obtención de la información e ideas necesarias para poder ejercer sus derechos como seres soberanos.

**ROBERTO SABA:** El derecho a la libertad de expresión es un derecho individual, sólo que a fin de determinar los límites de la regulación estatal que se haga de él debemos recurrir a su justificación y fundamento. En este sentido, es posible identificar, al menos, dos formas de justificar este derecho que conducen a dos modos diferentes de articular su regulación. Una forma clásica de entender el derecho a la libertad de expresión tiene que ver con la protección de la capacidad de todo ser humano de determinarse autónomamente. Es decir, la expresión de nuestras creencias, emociones o ideas forma parte de nuestro desarrollo como individuos libres, autónomos. En este sentido, y de acuerdo con lo que Berlín entiende como libertades negativas, la libertad de expresión requiere de una casi nula interferencia estatal. Es muy complicado, casi imposible desde este punto de vista, pensar en alguna justificación que permita poner límites a la expresión individual, a menos que ella, como cualquier ejercicio de la autonomía personal, derive en la afectación de la autonomía de terceros. Uno de los casos "test" más ejemplificativos es el de la regulación de la propiedad de medios o de la programación que se presente en televisión. Bajo una concepción de la libertad de expresión asociada a la autonomía personal sería imposible poner límites a la propiedad de medios de comunicación o establecer reglas que rijan el contenido de lo que se muestra en televisión. Como manifestación de la autonomía, la libertad de expresión sería prácticamente ilimitada.

Una segunda forma de entender la libertad de expresión es la que la asocia con la necesidad de contar, en un sistema democrático, con un robusto intercambio de ideas. La democracia, desde este punto de vista, es un sistema de autogobierno por el cual la ciudadanía decide colectivamente cuáles son las reglas que regirán su vida como comunidad política. Este autogobierno requiere que la ciudadanía se embarque en una empresa epistemológica acerca de cuáles son las mejores respuestas a problemas públicos. Esta búsqueda se enriquece en la medida en que el intercambio de ideas y perspectivas es más variado y representativo de la diversidad de puntos de vista existentes en una sociedad determinada y se empobrece cuando esos puntos de vista se reducen en cantidad y variedad. El problema serio es, desde esta visión democrática de la libertad de expresión, que el empobrecimiento del debate público deriva en el mal funcionamiento del sistema político y en la calidad de las decisiones a las que se arribe en forma colectiva. La libertad de expresión, desde esta visión, no es sólo y excluyentemente un derecho a la autodeterminación autónoma de la persona sino que se constituye fundamentalmente como precondition del sistema democrático. Como dije al principio, cada lectura de lo que en realidad se protege con el derecho a la libertad de expresión impacta sobre la regulación estatal permitida. Así, esta segunda forma de ver la libertad de expresión dará lugar a una regulación estatal que tienda a robustecer el debate público. Volviendo a nuestro ejemplo de los medios, la libertad de expresión como precondition de la deliberación pública que requiere la democracia como sistema de autogobierno ciudadano, permitirá poner límites a la propiedad de esos medios a fin de evitar la concentración en unas pocas manos (de modo que sólo se puedan expresar unas pocas voces), o permitirá establecer pautas acerca del contenido de la programación televisiva de forma que los ciudadanos tengamos acceso a la mayor variedad posible de puntos de vista (en lugar de regirse exclusivamente por lo que las reglas del mercado demandan en función del principio de maximización del beneficio).

Yo creo que esta segunda forma de entender la libertad de expresión es la correcta

dado el sistema político que nuestras constituciones han establecido. Además, la protección de la expresión como autodeterminación y ejercicio de la autonomía personal puede encontrarse en la protección que la mayoría de las constituciones occidentales establecen cuando se refieren a la privacidad y la libertad de conciencia.



**¿Cómo esa consideración podría afectar a la plena operatividad de la idea de libertad de expresión cuando ésta choca con otros valores que la sociedad considera relevantes? Un ejemplo de estos valores que pudiera chocar con la libertad de expresión es el respeto por ciertos grupos étnicos o religiosos, que se sienten ofendidos por una expresión, aunque no "dañados" en términos de derechos individuales específicos.**

**OWEN FISS:** En la búsqueda de una definición para la Libertad de Expresión, en algunas ocasiones, ésta va a chocar con otros valores. Cuando hablamos de la instigación al disturbio que es una forma de expresión, ella, sin embargo, puede ser restringida para proteger el orden público. De manera que la libertad de expresión puede entrar en conflicto con otros valores constitucionales, como la igualdad. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando en el ejercicio de expresar u opinar, ciertas personas difamen o desprestigien una religión o raza de tal forma que este tipo de expresión ponga en peligro la reputación de dicho grupo.

En resolución de conflictos de esta magnitud, entre libertad de expresión e igualdad, las Cortes debieran guiarse por tres principios. En primer lugar, el simple hecho que alguien se sienta ofendido o esté en vehemente desacuerdo por un pronunciamiento nunca es una razón suficiente para intervenir en ese acto. Es posible percibir, entonces, que la igualdad como norma constitucional estaría genuinamente amenazada. El segundo principio dice relación con la premisa que establece el deber de "no asumir automáticamente que la libertad de expresión tiene prioridad por sobre la igualdad", es decir si consideramos hipotéticamente un orden jerárquico entre estos valores la libertad de expresión vendría primero. De manera que, la igualdad es tan esencial para la democracia como la libertad. Por último, la igualdad debiera ser considerada como un elemento de la expresión, y lo que inicialmente podría parecer una colisión entre libertad e igualdad es en la actualidad un choque entre libertad y libertad.

A consecuencia de lo anterior, la expresión de algunos posiblemente silenciará a otros. El modelo sistemático de expresión racista puede, por ejemplo, forzar las minorías a retirarse del debate público. Pornografía, por otro lado, podría crear y mantener la imagen de la mujer como un objeto sexual, y por ende disminuir su capacidad de contribuir en la discusión pública. El sector rico de la población ha invertido ilimitadas cantidades de dinero en campañas electorales y en cierta forma podría callar la voz de los pobres. Sin embargo, lo que se busca con la protección constitucional de la expresión es precisamente asegurar un fuerte debate público, aun cuando los ejemplos recién citados nos demuestran como la no -regulación del ejercicio de la expresión en algunos de sus aspectos y su libertad, en la actualidad, tan solo logran empobrecer el debate público.

**ROBERTO SABA:** El mero hecho de sentirse "dañado" por una expresión no puede implicar una justificación para limitarla, del mismo modo que el sentirse afectado por la conducta de terceros no puede ser la única razón que permita prohibir esa conducta o autorice el reclamo de una compensación posterior. Yo puedo sentirme muy afectado por considerar que la forma en que usted se viste hiere las más básicas reglas de la estética, y eso a mí me daña profundamente, pero eso no puede ser suficiente para justificar una regulación respecto de la vestimenta de la gente. El daño debe ser real y debemos ser capaces de establecer standards para determinar cuándo y de qué modo ese daño tiene lugar. La concepción de la libertad de expresión como precondition necesaria para el funcionamiento pleno de la democracia deliberativa como forma de autogobierno presupone un standard claro en ese sentido. Según este, la expresión sólo será protegida en la medida en

que no se transforme en un elemento "silenciador", como diría Fiss, de la expresión de otros. Permítame presentar el siguiente ejemplo: supongamos que estamos en una clase donde, utilizando el método socrático, todos los estudiantes presentan sus ideas y puntos de vista para ir acercándose colectivamente a las posibles respuestas que la materia en estudio presenta. Asumamos también que la clase sólo dura un par de horas, que tenemos límites de tiempo en nuestro debate. No parece ser justo que uno de los participantes de la discusión hable durante una hora y media mientras el resto se priva de escuchar otros puntos de vista. Supongamos que la clase cuenta con un gran número de alumnos en un aula enorme donde sólo se hacen escuchar aquellos que han sido capaces de adquirir un micrófono, mientras que otros no logran hacer escuchar su voz por razones "técnicas". Supongamos que el 90% de las voces pertenecen a la mayoría blanca masculina de la clase; ello obviamente no será un contexto propicio o "amigable" para que la minoría indígena, homosexual o femenina tenga el valor de manifestar su opinión. Aunque resulta terrible desde el punto de vista individual que una persona no tenga el valor o la posibilidad de expresarse, desde el punto de vista del sistema democrático, lo terrible es la privación del debate público de contar con ese punto de vista como una opción a ser considerada para la toma de la decisión pública. El estado, bajo esta concepción de la libertad de expresión, operaría como un "referee" que asigna la palabra, distribuye el micrófono, impone límite a las voces más poderosas y da lugar a la expresión de los más débiles, todo con la finalidad de robustecer el debate público y así mejorar la calidad de la decisión de autogobierno. Es necesario agregar que esto también implica que expresiones que podemos considerar personalmente atrevidas deberían permitirse si ellas no conllevan al silenciamiento de nadie.



**¿Cómo vincula usted la conexión existente (o inexistente) entre libertad de expresión e igualdad en aquellos casos en que la opinión de las mayorías tienden a imponer un "discurso social" por sobre las minorías?**

**OWEN FISS:** Los sectores políticos del Estado son muy sensibles y perceptivos al sentimiento de la mayoría y producto de esta capacidad pueden actuar como enemigos de la libertad de expresión. Los Políticos buscarán silenciar a las minorías, o a aquellos que fuertemente critican políticas predominantes o del ámbito cultural. En esa instancia, debemos contar con el sistema judicial, el más independiente de todas las instituciones estatales, para apoyar la Constitución y proteger la Libertad de Expresión. En otros casos, a modo de ejemplo, cuando intentan corregir la concentración de los medios de comunicación y crear accesos para las voces disidentes, algunos sectores políticos buscan maneras de aumentar las fronteras de la libertad, y en ese sentido sus acciones deberán ser respetadas por el Poder Judicial.

**ROBERTO SABA:** La regla de la mayoría como mecanismo para la toma de decisiones en un sistema democrático es profundamente imperfecta, pero es la mejor forma conocida por los seres humanos para acercarse al ideal de discusión moral que emula la deliberación democrática. Es bueno recordar que una regla de consenso redundante en el otorgamiento de un poder enorme y desproporcionado a las minorías que tendrían un permanente poder de veto sobre la decisión y preferencias de las mayorías. Sin embargo, nuestras democracias constitucionales, a la vez que otorgan este poder a las mayorías, también les imponen un límite: el límite constitucional que implica el respeto de los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a la libertad de expresión. Las mayorías, en una democracia, tienen el poder de tomar las decisiones pero no *cualquier* decisión: sólo aquellas que no sobrepasan los límites constitucionales. Este límite constitucional es algo usualmente olvidado o subestimado en nuestras democracias Latinoamericanas tan propensas a pasar del populismo (mal llamado democracia) a la

dictadura, del poder total a la mayoría al poder total de la minoría, olvidando que una democracia constitucional implica un sistema de gobierno por regla de mayoría con límite constitucional. La libertad de expresión es uno de esos límites constitucionales al ejercicio de la democracia y uno de los instrumentos más importantes para asegurar una igual libertad a cada individuo para participar del proceso democrático de toma de decisiones. La libertad de expresión, entendida como expresión de la autonomía (aquella a la que me referí al comienzo de la entrevista como la primera forma de entender la libertad de expresión), deja poco espacio para la protección de las minorías en el ejercicio de su derecho. Esa libertad (negativa) a la expresión deja a cada ciudadano librado a ejercer este derecho del modo en que pueda, y ello puede debilitar el debate democrático. La libertad de expresión como precondition de una deliberación pública robusta permite asegurar a todos una participación igualitaria en el debate y en el proceso democrático de toma de decisiones.



**¿Qué elementos, en su opinión, son necesarios e indispensables para construir, o al menos idear, una protección sólida y fuerte a la libertad de expresión en las actuales sociedades democráticas?**

**OWEN FISS:** Como cualquier garantía constitucional, la implementación de la libertad de expresión debe contar con la sabiduría, sensatez y fuerza del Poder Judicial. En algunas situaciones, este poder debe mantenerse al margen de los sectores políticos, y en otros deberá agresivamente interferir. De todas formas, no obstante lo anterior el control tiene que ser el mismo. El Poder Judicial debe entender que la Libertad de Expresión es una idea política, un instrumento democrático fundamental para los propios gobiernos y es usado para proteger esas prácticas, pero solamente aquellas prácticas que acrecientan y enriquecen el debate público. El Poder Judicial debe velar por esto, en las palabras de uno de nuestros jueces en Estados Unidos "Juez Brennan", la discusión y el debate sobre asuntos de importancia nacional deben ser "desinhibidos, robustos y completamente abiertos".

**ROBERTO SABA:** Creo que debemos hacer el esfuerzo por considerar a la libertad de expresión en términos más amplios que a los que estamos acostumbrados en América Latina. Es lógico que en un contexto donde los periodistas que critican a aquellos que tienen más poder son censurados o hasta asesinados, la libertad de expresión se asocia con la libertad de prensa y la protección del periodismo. Sin embargo, ello es insuficiente y, a veces, autofrustrante de la misma empresa dedicada a la protección de la libertad de expresión. En nuestros países el estado ha sido muchas veces considerado un enemigo de la libertad de expresión. En general, aquellos que bienintencionadamente reclaman un mayor goce de este derecho exigen una casi inexistente interferencia estatal y regulación pública del ejercicio de la libertad de expresión. La paradoja es que este reclamo por el retiro del estado, fundado en una presunción en su contra, lleva a que grupos privados poderosos limiten la expresión de los que tienen menos poder o que las reglas del mercado decidan cuál será el grado de robustez del debate público. La concentración de la propiedad de los medios de comunicación en pocas manos y la dificultad para acceder a la expresión y a la información en América Latina son obstáculos al ejercicio del derecho que sólo pueden removerse con la participación del estado. El estado puede ser un amigo de la libertad de expresión y no necesariamente su enemigo. El estado no debe renunciar a la regulación del derecho sino que debe asumir, y debemos hacerle asumir, el rol de "referee" que mencioné anteriormente. La falta de intervención estatal se convierte así en una forma de violación de la libertad de expresión por omisión que conduce a una grave distorsión del debate público, impide el autogobierno de la ciudadanía y viola el principio de igualdad ante la ley.