
MARCIANI BURGOS, Betzabé. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Lima: Palestra, 2004.

Hoy en día no es una novedad que uno de los debates más encendidos e interesantes del derecho constitucional moderno y, porqué no, de toda la teoría general del derecho, se encuentra relacionado con el aparente conflicto que se da entre la libertad de expresión en tanto derecho fundamental y otros derechos fundamentales tales como la imagen, la intimidad, el honor o la buena reputación. Luego de grandes discusiones y múltiples teorías para explicar y resolver el aparente conflicto —que han ocurrido en muchos casos desde el análisis casuístico hasta el empleo de fórmulas aparentemente unívocas—, el tema no ha perdido un ápice de interés ni de importancia. Todo lo contrario, en nuestra opinión, las controversias que se nos muestran han generado un incremento de la necesidad de estudiar este fenómeno desde una perspectiva comparada y pragmática, sin descuidar, por supuesto, la rigurosidad académica propia del debate teórico.

En este orden de ideas, creemos que el trabajo de Betzabé Marciani que reseñamos se encuentra en esta línea. La profesora Marciani se ha acercado al problema desde una perspectiva, especialmente crítica, que busca definir cuál es el criterio más adecuado para resolver el conflicto y establecer la teoría que mejor encaje con las particularidades de nuestro sistema jurídico. Desde este punto de vista es necesario explicitar cuál es la hipótesis de la cual la autora parte: la discutible utilidad —en nuestro sistema— de la posición preferente de los derechos que se encuentran contenidos en la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos respecto de otros derechos fundamentales no recogidos en ella.¹ Y creemos que la

¹ Es necesario señalar adicionalmente que la profesora Marciani emplea importantes casos, debidamente documentados, de jurisprudencia comparada que avala el análisis que ha efectuado, al margen que nos encontramos de acuerdo con él o no. Quizá el caso más importante en el ámbito de la jurisprudencia norteamericana —que aquí cobra especial relevancia— es el caso *Hustler*, referido con insistencia por la autora.

principal conclusión a la cual la autora accede en este sentido no se nos puede mostrar más evidente: la teoría de la posición preferente del derecho a la libertad de expresión «es inadmisibles dentro de nuestro marco constitucional de valores y principios». Pasamos, seguidamente, a describir cómo la autora llega a tan importante conclusión y las razones por las que consideramos que son enteramente consistentes con los insumos que sustenta el análisis realizado e, incluso, con nuestra propia posición sobre el tema.

En un primer plano, la libertad de expresión constituye un instrumento por medio del cual el hombre da a transmitir sus puntos de vista en todo lo referente a cuanto lo afecta: permite la comunicación de sus opiniones, peticiones y quejas para así elevarlas y darlas a conocer a otros cuando lo considere necesario y para la obtención de sus fines. En consecuencia, como bien señala la autora, la libertad de expresión tiene como principio base ineludible la dignidad de la persona y no el beneficio que este proporciona al sistema democrático.²

Y es que la libertad de expresión como todo derecho debe ejercerse dentro del límite que es necesario obedecer para respetar y garantizar otros derechos igualmente importantes. Así entran a considerarse otros aspectos que, si bien no constituyen parte de lo que es el contenido fundamental de la libertad de expresión, tienen por finalidad controlar el ejercicio de aquella para que no sea un instrumento de manipulación y ataque en contra de los derechos de los demás. La autora establece entonces la existencia de límites internos y externos (intrínsecos y extrínsecos según algún sector de la doctrina), basados los primeros en la propia naturaleza del derecho —por lo cual no existe derecho al insulto— y los segundos en la existencia de derechos o bienes jurídicos constitucionales de especial importancia. Sobre la base de estos últimos la profesora Marciani deja en claro que los límites externos deben ser analizados de manera exhaustiva al nivel de principios como razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

La parodia se convierte, entonces, en un elemento central en el análisis realizado por la autora, que le permite abordarlo de manera directa para así establecer cómo la opinión pública puede convertirse en el mecanismo empleado —en opinión de la autora, indebidamente— para permitir que la libertad de expresión posea *per se*, una posición preferente sobre derechos como la buena reputación, el honor, la intimidad o la imagen. En nuestra

² La autora sostiene que el argumento empleado por la jurisprudencia europea —que carece de primera enmienda— pretende instrumentalizar el derecho en cuestión, conjuntamente con aquellos que podrían entrar en conflicto con este. Lo que ocurre, en realidad, es que todos los derechos resultan de especial importancia para la consecución de una sociedad democrática, libre y plural, razón por la cual mal podría establecerse, a falta de primera enmienda, jerarquía entre derechos fundamentales.

opinión, sin embargo, el trabajo que comentamos va más allá del simple análisis de las implicancias de la parodia política y permite que su análisis pueda emplearse en un ámbito más general.

El argumento de fondo para permitir el empleo de la teoría de la posición preferente en el caso de conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos se enfoca en la prohibición de la censura previa, la que se encuentra presente en la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica y, en especial, en la Constitución peruana. La autora señala que la Corte Interamericana, en el célebre caso de *La última tentación de Cristo*,³ se equivoca al establecer que las limitaciones a la libertad de expresión generadas por los tribunales deben ser consideradas censura previa y, en consecuencia, se encuentran prohibidas aun cuando se basen en la afectación de otros derechos. Similar interpretación efectúa el Tribunal Constitucional Peruano en el célebre caso de la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín,⁴ en el cual el citado organismo estableció que la prohibición de la censura previa implicaba la imposibilidad de limitar la emisión de un reportaje, aun cuando este pudiera vulnerar otros derechos fundamentales como el honor o la buena reputación. Si bien la autora incide en estos dos puntos, creemos que hubiera sido interesante efectuar un análisis más amplio de ambos.

Entonces la autora hace patente su desacuerdo con el empleo de la teoría de la posición preferente para la solución del aparente conflicto que existe entre la libertad de expresión y los derechos que ya hemos indicado. Para ello, se basa en ciertos elementos de especial relevancia, como son la inexistencia de jerarquía entre los derechos fundamentales, la visión idealista de la opinión pública que acompaña a la teoría de la posición preferente de la libertad de expresión, la posibilidad de la violación de derechos fundamentales por parte de los medios de comunicación que queda evidenciada con esta concepción; así como la concepción utilitarista de la teoría que la autora critica.

³ En enero de 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra la República de Chile que se basó en la prohibición generada en 1997 de la proyección, en salas chilenas, de la película de Martín Scorsese, *La última tentación de Cristo*. Según los jueces chilenos, esta habría dañado el honor y la reputación de Jesucristo, así como de sus seguidores.

⁴ La recurrente interpuso una acción de amparo contra la empresa Comunicación y Servicios, propietaria de la emisora Radio Imagen, y contra los periodistas Ramón Alfonso Amaringo Gonzales e Hildebrando García Moncada, a fin de que se abstengan de difundir noticias consistentes en que el dueño de la Caja Rural es el señor José Luis Venero Garrido, hermano de Víctor Alberto Venero Garrido, testaferro de Vladimiro Montesinos Torres, y que existía una relación entre la recurrente y el señor Manuel Tafur Ruiz, quien ha sido relacionado en un vídeo con Vladimiro Montesinos y José Luis Venero.

Finalmente, es necesario señalar que consideramos que la autora realiza un análisis exhaustivo y coherente, que nos convence de la utilidad de sus conclusiones y de la validez de sus planteamientos. En suma, no encontramos ante un importante y meritorio trabajo en esta área, el que esperamos que sea el inicio de muchos más. Como resultado, huelga decir que nos encontramos por completo honrados de haber elaborado la presente reseña.

CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ