

## CAPÍTULO TERCERO

### LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO PRESUPUESTO DE LA DEMOCRACIA

Este capítulo, que se apoya en la historia y en la filosofía política, intenta probar que la libertad de expresión, y su principal manifestación, la libertad de prensa y de información,<sup>513</sup> son el resultado de una larga evolución del pensamiento de Occidente,<sup>514</sup> y merecen la mayor protección

<sup>513</sup> Corresponde hacer dos precisiones. La primera. Sin duda que la libertad de expresión es más amplia que la libertad de prensa y de información. La primera abarca muchas formas de manifestación, como el arte, los gestos, la comunicación cara a cara y otras formas de manifestación, que son ajenas a la libertad que se ejerce a través de los medios de comunicación. Pero esta tesis se ciñe a analizar la libertad de expresión que se ejerce a través de los medios. La segunda precisión tiene relación con otro asunto que está estrechamente vinculado con lo anterior. Algunas Constituciones, como la de España, permiten trazar una distinción entre libertad de expresión y de información: la expresión se refiere a la transmisión de ideas, y la libertad de información, a la comunicación de informaciones. Si bien esta distinción cobra pleno sentido en textos como el de la Constitución española, que exige que la información, para estar protegida, debe ser “veraz” —artículo 20.1 párrafo d) Ce—, no tiene sentido alguno en otros textos como la Constitución de la Nación Argentina, donde el artículo 14 protege tanto la expresión, sin censura previa, de ideas y de información. Quien quiera sostener una visión distinta, por lo menos para exigir la veracidad de la información técnica, puede trazar un argumento a partir del artículo introducido por la reforma de 1994 para proteger a consumidores y usuarios, pero el tema no es objeto de esta tesis, y no mereció, por el momento, estudio particular por la doctrina.

<sup>514</sup> La presente tesis ciñe el estudio a Occidente por cuestiones metodológicas. Pero no hay ninguna pretensión de sostener que el mundo islámico desprecie el principio de libertad. Mohammed Talbi, historiador y ex decano de la Facultad de Letras de Túnez, señala que la tradición islámica encierra cosas muy buenas, pero también otras muy malas en cuanto a tolerancia e intolerancia. El Corán afirma con total claridad el derecho a la libertad religiosa, a la diferencia y al pluralismo confesional cuando, por ejemplo, dice “Nada de coerción en materia religiosa, pues el camino de la rectitud se distingue por sí sólo del camino de la corrupción” (Corán 2, 256). Ese historiador también señala otros textos que avalan esa interpretación, pero afirma que la intolerancia campea actualmente en el Islam. *Cfr.* Talbi, Mohammed, *Tolerancia e intolerancia en la tradición musulma-*

posible, así como también que sus dos primeras garantías, la prohibición de censura previa y la prohibición de legislar, merecen ser consideradas como absolutas.

Esa misma evolución convirtió a la libertad de prensa en una nota definitoria de la democracia, a tal punto que hoy se considera que aquélla es un presupuesto de la democracia.

La tendencia histórica ha mostrado un continuo e imparable desplazamiento desde la intolerancia y la censura hacia posiciones tolerantes y pluralistas, y en ese camino aparecen razones fundadas en el constitucionalismo y en la filosofía política.

Es importante para este trabajo entender que la libertad de prensa es un dato de identidad de la democracia, y que no se llegó a ello por casualidad, sino como resultado de una lenta evolución del pensamiento de Occidente, que se dio, fundamentalmente, a partir del siglo XVII.

Se revisará, entonces, la evolución de algunas de esas ideas; las enseñanzas y propuestas de los principales pensadores; la historia constitucional norteamericana en materia de libertad de expresión y el surgimiento de las garantías de la prohibición de censura previa y de la prohibición de legislar en materia de prensa.

## I. ANTES DE LA DEMOCRACIA

Los primeros elementos de la libertad de prensa, como la prohibición de censura, no nacieron en la democracia, sino durante la monarquía. Es en Inglaterra donde aparecen las primeras reacciones contra la censura previa.

Más tarde, en los Estados Unidos, ya en plena democracia preconstitucional, aparecen algunos elementos libertarios, y durante la democracia constitucional se consagra la prohibición del Congreso de legislar

*na*, ponencia presentada en el Foro Internacional sobre la Intolerancia, UNESCO, 27 de marzo de 1997, La Sorbonne, volumen de la Academia Universal de las Culturas, *La Intolerancia*, Granica, Argentina, 2007, p. 47. El actual integrismo de algunos grupos islámicos confirma notoriamente la última apreciación, la evolución reciente hacia posiciones intolerantes, situación que se agrava porque en muchos países del mundo islámico no se desarrolló siquiera o, al menos con fuerza suficiente, un Estado de derecho que favorezca la libertad de expresión en todos sus campos, y el debate público de ideas e información entre el Estado y una sociedad civil sensibilizada por la cultura de la tolerancia.

en materia de prensa, que sólo implícitamente contiene la prohibición de censura.

En un tercer momento, también en los Estados Unidos, surge el reclamo de los periodistas de que se proteja el derecho de sus fuentes de información.

Actualmente, la prohibición de censura, la prohibición de legislar en materia de prensa y, por cierto, en menor medida, la protección del secreto periodístico, confluyen para crear un ambiente de transparencia —contracara del *arcana imperii*—, y son en cada país elementos característicos y esenciales de la democracia.

Hoy, la libertad de prensa y sus garantías se volvieron tan esenciales para la configuración de ese tipo de sociedad abierta, que las principales vertientes de la filosofía política las consideran como presupuestos de la democracia, es decir, como condiciones necesarias para su existencia. Existe entre la libertad de prensa y los medios de comunicación, por un lado, y la democracia, por el otro, una relación simbiótica,<sup>515</sup> a tal punto que aquellos factores influyen decisivamente en la gobernabilidad.<sup>516</sup>

Como dice Bobbio, “la democracia se puede definir de muchas maneras, pero no hay definición que pueda excluir de sus connotaciones la visibilidad o transparencia del poder. Elías Canetti escribió: el secreto está en el núcleo más interno del poder”.<sup>517</sup>

La evolución de la libertad de prensa es, en parte, la tarea por transparentar el poder y, desde hace dos siglos, el periodismo —actualmente potenciado por nuevos canales de comunicación— asumió un rol muy importante en esa tarea.

Por eso, nos animamos a sostener que, más allá de la definición que se pretenda dar a la democracia, la libertad de expresión es un elemento de-

<sup>515</sup> En otro trabajo, Ventura, Adrián, *Poder y opinión pública*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, analizó la relación simbiótica que existe actualmente entre la democracia y los medios de comunicación, a tal punto que estos últimos están redefiniendo la percepción y evaluación que hacemos de democracia y de su eficacia. En este mismo sentido, Stein Velasco, José Luis F., *Democracia y medios de comunicación*, México, UNAM, 2005.

<sup>516</sup> Das Öffentliche Recht Der Gegenwart, Neue Folge, dirigido por Meter Häberle, ed. Mohr Siebeck, Universität Bayreuth, Bayreuth, 2006, con nota de Ventura, Adrián, *Governability for development*, p. 611.

<sup>517</sup> Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 8.

finitorio de la identidad de la democracia.<sup>518</sup> Como afirmó Lippman, “una prensa libre no es un privilegio, sino una necesidad orgánica en una gran sociedad”.<sup>519</sup>

De aquí extraigo una primera conclusión, elemental, pero cierta, sobre la que volveré más adelante en este mismo capítulo: la democracia se compadece, en principio, sólo con mayores dosis de libertad de expresión, no con su supresión.

## II. EL SURGIMIENTO DE LAS LIBERTADES DE CONCIENCIA Y PENSAMIENTO

La historia mundial se caracteriza por la eterna tensión entre el poder y la libertad. La historia de Occidente, en particular, se caracteriza por una tendencia irrefrenable hacia la libertad.

Existe, en el desarrollo de Occidente, lo que llamamos un vector libertad, que tiene una fuerza imparable. Obviamente, la historia estuvo y estará jalonada por muchos altibajos, pero la dirección es clara, y tarde o temprano la verdad se impone.

En la modernidad, se comenzó a buscar una verdad razonable y racional y, aunque sea difícil de hallar, se creía en el intento y se comenzó a hacer el esfuerzo.

### 1. *La Edad Media*

En la Edad Media, tal meta no parecía posible, pues lo revelado no estaba en condiciones de someterse a la luz de la razón. La Iglesia cumplía, entonces, un importante papel para la psicología de las masas, pues ofrecerá certidumbre y tranquilidad, y usó su papel de mediadora para imponerse sobre los poderes terrenales. En consecuencia, se resistirá a aban-

<sup>518</sup> Huntington, Samuel P., *¿Quiénes somos? Los desafíos de la identidad nacional estadounidense*, Buenos Aires, Paidós Estado y Sociedad, 2004 —obra sobre la que volveremos más adelante—, se pregunta por la identidad de su sociedad. Cabría preguntarse si, además de hablar de democracia procedimental o de democracia de derechos, no es conveniente buscar las notas de la identidad de la democracia, y, allí, es que ubicamos a las libertades de expresión y de prensa o de información. Sobre este punto volveremos en este mismo capítulo.

<sup>519</sup> Lippman, Walter, *op. cit.*

donar el monopolio interpretativo de la Biblia, que hubiera significado el fin del mundo geocéntrico que podía fácilmente controlar. La fe debía prevalecer sobre la razón, y era la Iglesia, iluminada por Dios, la que determinaba sus contenidos. Todo eso tiene consecuencias inmediatas para los seres de la época, porque un mundo que acepta verdades absolutas impide la libertad individual. El hombre carece de capacidad de autodeterminación, no puede criticar a las instituciones políticas porque estará criticando al mismo tiempo a su religión. Conceptualmente, no tenía sentido hablar de libertad de pensamiento ni de control de unos poderes que no son los de los hombres, sino de Dios. ¿Cómo sería posible intentar controlar a Dios? De lo que se trataba era de buscar su protección; por tanto, hay que merecerla mediante la sumisión a sus designios aun cuando no se entiendan o pudieran parecer irrazonables.<sup>520</sup>

El mundo medieval no era de los hombres, era el mundo de Dios.<sup>521</sup> Cualquier interferencia sería un intento “impío de usurpar el poder divino y de atrever a más que lo que estaba al hombre permitido”,<sup>522</sup> como el miedo al infierno era causa de angustia para los hombres, el Concilio de Letrán IV creó una válvula de escape para aliviar la psicología popular: estableció la obligatoriedad de la confesión anual. No deja de ser curio-

<sup>520</sup> Plácido Fernández-Viagas, Bartolomé, *La conjura de los iguales. El mito del mercado de las ideas*, Granada, Comares Editorial, 2004, p. 15.

<sup>521</sup> En ese mismo sentido, el filósofo italiano Paolo Flores d’Arcais, *El Soberano y el disidente, la democracia tomada en serio*, Montesinos, *Ensayo*, ed. 2006, p. 14, observa que “la norma es, por tanto creación pero el tema está en quién escribe las tablas: Dios o los hombres. Y los hombres, durante milenios, han decidido que las ha escrito Dios. Preferían transmitirse el nomos como irrecusable regalo del cielo, como heteronimia. En cambio, la modernidad significa una implosión del dominio del cielo... Por esa razón, la modernidad puede proclamarse con todo el derecho obra *in fieri* de la libertad: auto nomos, cada uno es su propia ley... ¿Qué es la democracia? La primera forma de organización política sin fundamento, el primer experimento de convivencia que los hombres tienen completamente en sus manos, sin ninguna legitimación fuera de sí misma”. Y, luego, observa: “La democracia, para mantener inmóvil su naturaleza de poder immanente, será la forma de convivencia en que el poder permanezca estrictamente a todos. Ese es el punto de llegada, esencial e ineludible. La democracia es autonomía radical, poder absoluto del demos... Es, por lo tanto, el poder que no acepta ser limitado excepto por sí mismo” (p. 19).

<sup>522</sup> Stuart Mill, John, *La naturaleza*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 44. Dice Mill, Stuart, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, 1997, p. 151, que la propia idea de libertad no sería más que una consecuencia del carácter corrompido del hombre que sostiene la posibilidad de elegir lo prohibido por Dios, pues todo lo que no es deber, es pecado.

so esto último: al pecador que libremente había osado salirse de la doctrina, para expiar los pecados se le ofrecía la posibilidad de descargar sus culpas por medio de la palabra, pero la palabra dicha en secreto. Hay un secreto que es liberador. Así, el secreto de la confesión era la forma de alejarse del libre pecado y volver al camino del dogma, pero también liberaba, liberando al pecador de la culpa. El secreto camino a la verdad, pero la Verdad revelada por Dios.

En esa sociedad medieval, los herejes y los reformadores constituyen una importante excepción, y algunos los consideran como los más antiguos precursores de la libertad de pensamiento, pues reivindicaron el derecho de interpretar los textos sagrados con independencia y sin sujeción a la autoridad de la Iglesia.<sup>523</sup>

## 2. *El Renacimiento*

El individuo hace su reingreso en la historia durante el Renacimiento, y aparece la idea de la dignidad, porque el ser humano, por ser creado por Dios y su representante, es digno como tal. Por eso, todos los seres humanos son sagrados e iguales. Es en ese momento en que la intimidad, el lugar para vivir y pensar libremente, comienza a tener sentido, y la libertad comienza a ser la nota que distingue a los hombres de las bestias. Claro que la Iglesia no había abandonado su principal pretensión de ser la instancia mediadora entre Dios y los hombres. Pero Lutero dice que a la fe y verdad se llega por la libre interpretación de las Escrituras. La fe basta, y el papel intermediario de la Iglesia, en la visión de Lutero, pierde sentido, y todos los hombres tienen derecho a leer la Biblia para llegar a la fe. En ese contexto, la invención de la imprenta jugó un papel decisivo.

La lógica consecuencia de todo ello sería la reivindicación de la libertad de conciencia y de pensamiento.

Explica Rawls que el origen histórico del liberalismo político fue la Reforma y sus secuelas, con las largas controversias acerca de la tolerancia religiosa en los siglos XVI y XVII. Entonces dio principio algo parecido al criterio moderno de la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento. Como bien lo vio Hegel, el pluralismo hizo posible la libertad religiosa, que ciertamente no eran las intenciones de Lutero ni las de Cal-

<sup>523</sup> Plácido Fernández-Viagas, Bartolomé, *op. cit.*, p. 23.

vino. Antes de que tuviera éxito la práctica pacífica de la tolerancia en sociedades con instituciones liberales, no había manera de saber que existía tal posibilidad. Es más natural creer, como pareció confirmarlo la práctica de la intolerancia, que la unidad social y la concordia requieren de un acuerdo sobre una doctrina social y comprensiva religiosa, filosófica o moral. La intolerancia se aceptaba como una condición de orden y estabilidad social. El debilitamiento de tal creencia contribuye a despejar el camino hacia la instauración de instituciones liberales. Fue el choque entre las religiones salvacionistas, de credo dogmático y expansionista, lo que no conoció el mundo antiguo. Éste es un fenómeno nuevo para la experiencia histórica, una posibilidad que volvió real la Reforma. Lo nuevo en este choque es que introdujo, en las concepciones del bien de la gente, un elemento trascendente que no admitía ninguna componenda. Este elemento obligaba, o a entrar en un conflicto mortal que sólo moderan las circunstancias o el agotamiento, o a aceptar la libertad igualitaria de conciencia y de libertad de pensamiento.<sup>524</sup>

La libertad de conciencia fue el motor de la libertad de pensamiento, y esta última tuvo efectos sencillamente explosivos en la historia de Occidente.<sup>525</sup> Como dijo Spinoza, es imposible que la propia alma esté totalmente sometida a otro, ya que nadie puede transferir a otro su derecho natural o su facultad de razonar libremente y de opinar sobre cualquier cosa, sin ser forzado a hacerlo.<sup>526</sup>

Seguindo a Plácido Fernández-Viagas, la Reforma determinó la necesidad de difundir una palabra de Dios que se oponía al monopolio interpretativo que la Iglesia pretendía ejercer, recurriendo incluso a los métodos más crueles. Surgió entonces una reivindicación que acompañará todos los procesos de liberación humana: la libertad de expresión.

Las preguntas que se planteaban en el fondo eran de una extremada sencillez: ¿con qué derecho se impondrá una autoridad a las conciencias? ¿Quién fijará el punto en que cesa la ortodoxia y comienza la heterodoxia?

De todas formas, la intransigencia entre los católicos y los reformadores continuó e, incluso, la fuerte personalidad de Lutero no dejó de

<sup>524</sup> Rawls, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 20.

<sup>525</sup> Plácido Fernández-Viagas, Bartolomé, *op. cit.*, p. 37.

<sup>526</sup> Spinoza, *Tratado teológico-político*, Madrid, Alianza Editorial, 1986, p. 408.

contribuir a ello, como lo demuestra un panfleto violento en el que llamó a reprimir a las “bandas ladronas y asesinas de campesinos”, en alusión a una rebelión campesina que estalló en Alemania.<sup>527</sup>

Para calmar la lucha entre católicos, grupo dominante, y hugonotes, el Edicto de Nantes prohibió a los franceses secuestrar a los niños hugonotes para hacerlos bautizar por la fuerza. Se comenzaba así a respetar la conciencia, y el culto y aparecía una idea incipiente de tolerancia. El mundo entraba en una época en que la opinión disidente comienza a ser tolerada, pero es una opinión que es pensable, pero que es preferible callar, para evitar consecuencias. Y, con el correr de los siglos, la idea de la tolerancia fue ganando terreno.<sup>528</sup>

Cuando Dios dejó de ser el fundamento del poder terrenal, apareció otra fuente de legitimación: el pacto social, basado en la voluntad, no de Dios, sino de los hombres.

Para Locke, los hombres estaban en un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y personas como mejor les pareciera, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona.<sup>529</sup> Y Rousseau advirtió que el más fuerte no siempre es demasiado para ser constantemente amo o señor.<sup>530</sup>

Los contractualistas se dieron cuenta, así, de que la necesidad del derecho era una mera especulación teórica, sino que es la lógica consecuencia del deseo innato de seguridad: un pacto que legitimara la fuente de producción de normas jurídicas y que estableciera también las sanciones para su viola-

<sup>527</sup> Plácido Fernández-Viagas cita en p. 47 la obra de Kamen, Henry, *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en Europa*, Alianza Editorial, p. 35, quien dice que “el impacto de la revolución social, sofocado con tanta intolerancia por la victoria de los príncipes sobre los campesinos refirmó a Lutero en su convencimiento de que era preciso restringir la libertad, especialmente la religiosa, cuando hubiese peligro de sedición”.

<sup>528</sup> Paine, Thomas, *Derechos del hombre*, Alianza Editorial, 1984, p. 62, dijo que “si alguna generación de hombres poseyó jamás el derecho de dictar el modo en que se debería gobernar al mundo para siempre, fue la primera generación que existió y si esa generación no lo hizo, ninguna de las generaciones sucesivas puede mostrar autoridad alguna para hacerlo”, y Voltaire, en *Tratado sobre la intolerancia*, Buenos Aires, Losada, 1998, p. 121, consideró que “el derecho de intolerancia es absurdo y bárbaro, es el derecho de los tigres; es mucho más horrible aún, porque los tigres no se destrozan sino para comer y nosotros nos hemos exterminado por unas frases”.

<sup>529</sup> Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1990, p. 7.

<sup>530</sup> Rousseau, *El contrato social*, Edaf, 1978, p. 28.

ción.<sup>531</sup> Los hombres pactan por necesidad, para asegurarse la vida, la libertad, la salud, y las posesiones, dinero, casas y otros bienes.

En el mundo de Descartes, Pascal y la Enciclopedia de Diderot y D'Alembert, apareció también otro factor que empezó a jugar un rol importante: la razón, como método para la ciencia. Así, el mundo, sobre la base de la razón y apoyándose en el reclamo de libre intercambio de información —que empieza a ser sentido como una necesidad—, comenzó a encumbrar el saber.

### 3. *La Modernidad: libertad de profesar fe, de ciencia y de un pacto para el autogobierno*

La libertad para pensar y buscar a Dios, la razón para construir ciencia y saber y la libertad de los hombres para establecer un pacto de autogobierno fueron tres factores que, inevitablemente, terminaron por confluir en otra idea: la del progreso.

Así, el hombre que, sin cortapisas, sin censuras, puede analizar la realidad, la puede también ir transformando, avanzando hacia un progreso indefinido. La libertad es condición de progreso, y la libertad de expresión comienza a ser reivindicada tanto por razones políticas como científicas. Fichte señaló que “la libre investigación de todo objeto posible de reflexión, llevada en cualquier dirección posible y hasta el infinito, es, sin duda alguna, un derecho del hombre. Nadie salvo él mismo puede determinar su elección, su dirección, sus límites”, y agregaba: “Por consiguiente, sobre nuestra libertad de pensamiento no tenéis, príncipes, ningún derecho, no podéis definir lo que es verdadero o falso, no tenéis ningún derecho a determinar los objetos de nuestra investigación”.<sup>532</sup>

## III. HACIA LA ABOLICIÓN DE LA CENSURA PREVIA

En ese contexto, aparecen las primeras reacciones contra la censura. Nótese que ocurre en un mundo muy distinto al de la democracia que conocemos hoy, aunque su surgimiento tiene relación con la necesidad de la oposición de hacer sentir su voz y con la tolerancia religiosa.

<sup>531</sup> Plácido Fernández-Viagas, cita en p. 61.

<sup>532</sup> Fichte, Johann Gottlieb, *Reivindicación de libertad de pensamiento y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 31, citado por Plácido Fernández-Viagas, *op. cit.*, p. 74.

### 1. *Milton*

En 1644, Milton escribió *Areopagítica*, una fuerte defensa a la libertad de imprenta sin censura previa,<sup>533</sup> el problema que más aquejaba a los autores y pensadores de esa época.

La emergencia económica hizo que el rey Carlos I de Inglaterra se viera obligado a convocar al Gran Parlamento, y una de las primeras medidas que tomó ese cuerpo fue la abolición de la Corte de la Star Chamber, que había servido como principal foro de censura para acallar a todos los enemigos políticos y religiosos. Esta medida significó en la práctica la culminación del sistema de otorgamiento de licencias previas que en Inglaterra se venían exigiendo desde comienzos del siglo XV. Por ejemplo, en la época que escribía Shakespeare, los libros deberían ser aprobados antes de su publicación por el arzobispo de Canterbury o por el obispo de Londres.

En forma paralela con estos acontecimientos, Milton también estaba motivado para escribir por un hecho absolutamente personal: a los 35 años se había casado con una joven adolescente, Mary Powell, de sólo diecisiete, quien poco más de un mes después de la boda decidió separarse del poeta y regresó al hogar paterno. Entonces, Milton se convirtió en defensor, en algunos tratados,<sup>534</sup> de la doctrina del divorcio, lo que le granjeó la animosidad del clero. La Compañía de Libreros de Londres tomó parte de una intriga contra el poeta, por considerar que la inmoralidad de esa doctrina y el desacato a la orden del 14 de junio de 1643,<sup>535</sup> anterior a la pu-

<sup>533</sup> Milton (1608-1674), con el título de su obra, alude al Areópago, la colina de Ares (Marte), en Atenas, el lugar donde sesionaban las grandes asambleas y el tribunal judicial más alto de la *polis*. Milton, en su alegato, se dirige al Parlamento inglés, como si lo hiciera ante el Areópago de la antigüedad. El poeta sufrió cárcel y estuvo cerca de ser ejecutado por sus actividades propagandísticas, pero expuso, en el siglo XVII, una polémica que sigue vigente.

<sup>534</sup> El tratado *La doctrina y la disciplina del divorcio*, de Milton, tuvo problemas en obtener la licencia de publicación, por el peso del puritanismo en la Asamblea de Westminster.

<sup>535</sup> Decía la orden del Parlamento del 14 de junio de 1643, en su punto 2: “Disponen, por tanto, los Lores y Comunes en parlamento... 2) que ningún libro, etc., será en lo sucesivo impreso o dado a la venta sin haber de antemano conseguido aprobación y licencia de persona o personas que ambas cámaras o cualquiera de las dos designaren para la expedición de tales permisos... 3. La Compañía de Libreros y los funcionarios de ambas cámaras quedan autorizados para la busca de las no autorizadas prensas, y destrucción de

blicación del primer tratado a favor del divorcio, y denunció a Milton ante la Cámara de los Comunes. Por tal motivo, para su defensa, pero alegando a favor de la libre expresión de todo pensamiento (excepto las ideas del papismo), Milton compuso *Areopagítica*, obra con la cual consiguió su inmunidad, aunque no logró la derogación de la citada orden.

En su alegato ante el Parlamento Largo,<sup>536</sup> sostuvo Milton que dicha orden causará notable desaliento en la ciencia y paralización de la verdad, no sólo empezando y mellando nuestras facultades en lo ya conocido, sino además retardando ulteriores descubrimientos que pudieran llevarse a cabo en sabiduría religiosa y civil,<sup>537</sup> aseguró que quien destruye un buen libro mata la razón misma,<sup>538</sup> y sostuvo que todos los errores, conocidos, leídos y cotejados, son de capital servicio y valimiento para la ganancia expedita de la verdad más cierta.<sup>539</sup> Por eso, sugirió que tal vez esa fuera la condena del conocimiento del bien y el mal en que Adán incurriera: esto es, el conocimiento del bien por el mal. ¿Qué prudencia se podrá conseguir, qué continencia anudar sin el conocimiento del mal? Lo que nos purifica es la prueba, y ésta se alcanza por acción de contrario.<sup>540</sup>

Milton, en su obra, da cuenta que el único motivo que en la antigua Grecia motivó la censura fue la religión, y señala que víctima de esa excepcional censura fue la obra de Protágoras, condenado por el Areópago a la hoguera, mientras que aquél fue expulsado por haber dudado públicamente sobre la existencia de los dioses. Tampoco los emperadores romanos establecieron la censura, sino que fueron los concilios generales católicos los que establecieron condenas para los libros de los herejes (no así de los paganos), y sólo después el emperador llegó a prohibirlos y quemarlos. En el año 400, las cosas se pusieron más severas, cuando un

ellas; para la busca de libros no autorizados, etcétera, y su confiscación; y para la aprensión de todos los autores, impresores y otros tales relacionados con la publicación de libros no permitidos y cuidando su comparecencia ante las cámaras o la junta examinadora a fin de ulteriores castigos, no debiendo tales personas recobrar su libertad hasta haber dado satisfacción, como asimismo, fianza bastante en prenda de que no habrán de conducirse de aquella suerte en lo venidero". Milton, John, *Areopagítica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 15.

<sup>536</sup> Inaugurado el 3 de noviembre de 1640, el cual provocó la abdicación de Carlos I, la instauración de la República, una dictadura y la restauración de la monarquía.

<sup>537</sup> Milton, John, *op. cit.*, p. 25. El subrayado es mío.

<sup>538</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>539</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>540</sup> *Ibidem*, p. 43.

concilio cartaginés vedó a los obispos mismos leer libros paganos. Pero aún así, los concilios en general acostumbraban a desaconsejar libros, aunque dejaban en la conciencia de cada cual leerlos. Sin embargo, los papas de Roma, acaparando poder político, comenzaron a adoptar la censura con más frecuencia, hasta que Martín V le agregó la pena de excomunión. Tales huellas siguieron León X y sus sucesores, hasta que el Concilio de Trento engendró el *Index*. Luego, perfeccionando aún más la censura, establecieron la figura del *Imprimatur*, prohibiendo que se imprimiera cualquier papel sin la previa autorización de la Iglesia.<sup>541</sup>

Asimismo, Milton sugirió dos ideas que también desaconsejaban la censura: su esterilidad y el temor que infunden. En primer lugar, cuestiona la esterilidad de la orden que cuestiona con respecto al fin de impedir la propagación de una idea, porque, sostiene, nadie es tan iletrado o mal catequizado por la historia que no supiera de muchas sectas que rehusaron los libros.<sup>542</sup> Y en segundo lugar, en cuanto al temor que infunde, se pregunta Milton cómo podrá enseñar una autoridad lo que es vital si en todo lo que pronuncia se halla bajo la tuición y correctivo de un licenciador patriarcal.<sup>543</sup> En definitiva, toda su obra podría resumirse en la afirmación que vierte cuando exclama: “dadme la libertad de saber, de hablar y de argüir libremente según mi conciencia, por cima de todas las libertades”.<sup>544</sup>

La obra de Milton es interesante, porque allí aparecen, como dijimos antes, la alusión a la verdad y a la investigación, que incluyen el conocimiento del error y del mal, como medio para llegar al conocimiento de aquélla. Y, en términos más actuales, nos invita a formularnos los dos mismos interrogantes con respecto a la esterilidad y al temor. En cuanto a la esterilidad, podríamos decir, actualizando el cuestionamiento de Milton, si la censura es estéril, bien también puede serlo una medida equivalente como levantar el secreto de la fuente, si se tiene en cuenta que pretender su levantamiento no permitirá borrar el hecho de que la información que se pretendía ocultar fue ya difundida. Y en cuanto al temor infundido, como podrá el periodista y su fuente animarse a transparentar una información si no saben cuándo ello puede acarrearles un conflicto judicial o,

<sup>541</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>542</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>543</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>544</sup> *Ibidem*, p. 89.

incluso, como ocurre en algunos países, la cárcel misma. O sea, dicho de otra forma, la posibilidad de control desalienta el conocimiento.

A partir del levantamiento de las restricciones, comenzó a florecer una impresionante cantidad de panfletos: mientras en 1640 habían aparecido 22, dos años después, el número ascendió a 1966.<sup>545</sup>

Pero como la guerra entre los partidarios y los adversarios del rey parecía inminente, y la oposición parlamentaria también estaba dividida, en 1643 se reinstauró un sistema de control previo, que consistía en otorgar un permiso a unas pocas compañías que eran las únicas autorizadas a imprimir. El Parlamento inglés, para frenar el declive de su poder, buscó una alianza con Escocia, que pidió, a cambio, garantías políticas y religiosas. Fue así que el Parlamento creó la Asamblea de Westminster, conformada por representantes de ambas regiones, y uno de los debates más intensos fue el de la tolerancia religiosa.

Una vez más, el sistema de licencias previas, que se había derogado, volvió a restaurarse en 1662, y tuvo vida hasta 1694, creyendo algunos que no fue porque se oponía a la libertad de expresión, sino más bien porque se había llevado a cabo una absurda administración de las licencias.

## 2. *Locke*

En 1666, Locke<sup>546</sup> publicó en Inglaterra el *Ensayo sobre la tolerancia*, que diecinueve años después completó con *Cartas sobre la tolerancia*, trabajos en los que el pensador propugnó la separación entre la Iglesia y el Estado y la aceptación de todo tipo de opinión religiosa que no atentara contra los principios fundamentales de la sociedad constituida.

Anglicanos, presbiterianos y católicos estaban invadidos por la recíproca intolerancia, y sólo los independientes, capitaneados por el reformista John Owen, parecían realmente dispuestos a permitir opiniones religiosas diferentes de las suyas, y no persiguieron a las demás cuando pudieron hacerlo.

<sup>545</sup> Bertoni, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 33.

<sup>546</sup> John Locke (1632-1704) representante del empirismo filosófico, estaba preocupado por las disputas, en muchos casos sangrientas, entre las diversas sectas cristianas surgidas luego de la Reforma. La obra citada en este párrafo es Locke, John, *Ensayo y carta sobre la tolerancia*, Madrid, Alianza Editorial, 1999 y 2005.

Locke, en esa línea, llegó a superar el liberalismo oweniano. Luego de separado Carlos I del trono y de superado el periodo autoritario de Oliver Cromwell, en 1660 se restauró la monarquía, regresando del exilio Carlos II.

Locke proponía una actitud latitudinaria (equivalente a lo que hoy llamamos ecuménica), apropiada al acuerdo de comprensión pactado entre los puritanos y Carlos II. Los presbiterianos, al haber encontrado imposible mantener por más tiempo la insostenible pretensión de una República que se les había ido de las manos tras la muerte de Cromwell, estimaron que después de todo era mejor para ellos aceptar a un rey dispuesto a hacer grandes concesiones. Por el lado de Locke, la propuesta tolerancia se extendía a todos, excepto para quienes niegan la existencia de Dios y para los católicos seguidores de Roma.

Locke, que no tiene una intención pastoral, sino política, y es un agudo practicante de la prudencia utilitaria, dirigió sus escritos a un *establishment* ilustrado, del cual se esperaba una conducta generosa y tolerante, la cual si es inteligentemente practicada producirá beneficios políticos de importancia incalculable para la seguridad y estabilidad del reino.<sup>547</sup> Y si bien Locke le dio siempre primacía a la seguridad del Estado —hay en su obra un indiscutible fondo hobbesiano—,<sup>548</sup> también señalaba las consecuencias negativas que se derivaban de la persecución religiosa ordenada por el magistrado, pues la persecución es mal recibida por la opinión pública, y por eso no resulta aconsejable practicarla.

Hay, en el *Ensayo* de Locke, varias ideas que nos parece apropiado destacar.

Por lo pronto, en los ámbitos de la intimidad y de la libertad de conciencia y de cultos —se refiere a la práctica exterior del culto—, Locke es partidario de reconocer un derecho universal a la tolerancia,<sup>549</sup> en tanto no comprometan la seguridad del Estado ni los intereses de terceros. En ese campo, dice, cada hombre posee una libertad ilimitada. En cuanto a la libertad especulativa, afirma que al no tener ninguna influencia en las acciones exteriores de los hombres, escapan al control de los magistrados quienes tampoco pueden determinar cómo hemos de pensar hoy o habremos de hacerlo mañana, pues nuestros propios pensamientos están

<sup>547</sup> Mellizo, Carlos, en su capítulo introductorio a la obra de Locke, John, *op. cit.*, 2005, p. 11.

<sup>548</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>549</sup> Locke, John, *op. cit.*, p. 26.

sujetos a cambios. Sobre la libertad de culto, afirma que las características del culto son un asunto de una dimensión superior a la política y el Estado, reservado a quien lo practica y a Dios. Se plantea Locke: ¿puede ser razonable que el magistrado, que no puede obligar al individuo a cuidar sus asuntos privados, como comprar una casa, lo pueda forzar a arriesgar la compra del cielo según su gusto?<sup>550</sup>

Ahora bien, este planteo de Locke me suscita dos preguntas que analizaré más adelante, pero que son atinentes con el tema de la tesis: ¿puede ser razonable que el magistrado, que no puede obligar a la persona a pensar en determinada manera, la pueda obligar a hablar o a callar? ¿Puede ser razonable que ese magistrado, que no puede obligar a hablar, pueda obligar a la persona a revelar el secreto de la fuente? Es cierto que en el derecho procesal moderno existe la obligación del testigo de declarar, pero también se reconoce el derecho al silencio cuando está en juego el interés de la persona en hacerlo.

Por otra parte, Locke sostiene que el uso por el magistrado de la fuerza y compulsión son los peores medios, a los que sólo debe recurrir como solución extrema y con gran cuidado porque: 1) ello hace que recaiga sobre el hombre eso mismo para librarse de lo cual se hizo miembro del Estado, la violencia; 2) porque el magistrado, al usar la fuerza, contradice lo que profesa estar procurando, que es la seguridad de todos: pues siendo su deber la preservación, en la medida de lo posible, de la propiedad, la paz y la vida de cada individuo, está obligado a no perturbar o destruir a algunos para tranquilidad y seguridad del resto, antes de haber tratado de buscar los medios de salvar a todos.<sup>551</sup>

El pensador inglés sostiene distintos argumentos para rechazar el uso de la fuerza a la hora de convencer y debatir: ninguna eficacia tiene la fuerza y la severidad a la hora de alterar las opiniones de los seres humanos, pues los argumentos que se esgrimen acaloradamente pierden eficacia y hacen afianzar aún más la opinión contra la que se dirigen,<sup>552</sup> la gente no se identifica con las opiniones que le son introducidas forzosamente, al producirle recelo de que no son verdaderas, sino que son del interés de quien quiere imponer su dominio;<sup>553</sup> el castigo y el miedo pue-

<sup>550</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>551</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>552</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>553</sup> *Ibidem*, p. 51.

den hacer que el hombre disimule sus opiniones, pero al no convencer racionalmente a nadie no pueden hacer que los hombres le den asentimiento a esas ideas, y terminarán por odiar a su perseguidor y a sus doctrinas;<sup>554</sup> la fuerza es un procedimiento equivocado para hacer que los disidentes abandonen sus convicciones, pues es atrayéndolos a compartir las ideas como se vinculan más con el Estado;<sup>555</sup> la gente, dividida en diferentes facciones, será mejor controlada si se practica con ellas la tolerancia, pues al sentirse que no podrán esperar ser mejor tratadas bajo otro sistema diferente del que ahora las gobierna, no se unirán para apoyar a otro gobierno que no saben si se las tratará tan bien, mientras que si se las persigue se hará de ellas un solo grupo con un interés contrario,<sup>556</sup> en lo que atañe al poder, los príncipes nacen superiores a las demás personas —actualmente, se podría decir que los gobernantes tienen un mandato popular nacido de elecciones—, pero en lo que respecta a naturaleza son igual que los demás mortales, pues ni el derecho ni el arte de gobernar llevan necesariamente consigo el conocimiento cierto de las cosas, pues si ello fuera así no podría suceder que los señores de la tierra —se refiere a los príncipes— difieran tan enormemente en cuestiones religiosas,<sup>557</sup> o en otras cuestiones.

Finalmente, Locke, criticando a las religiones e Iglesias que perseguían, torturaban, destruían y mataban a otros hombres con el pretexto de la religión, afirmaba que sólo creerá que lo hacen por amistad y amabilidad cuando vea que esos fanáticos corrigen de la misma manera a sus amigos, familiares y cofrades que pecan de la misma manera.<sup>558</sup>

Esta última reflexión es muy interesante, por la posibilidad que da de extrapolar una reflexión: no es fácil creer que el Estado, cuando censura una información o pide el levantamiento del secreto, esté defendiendo un interés estatal —sea evitar una filtración de una información o utilizar ese dato para perseguir el delito— cuando el propio Estado, habitualmente, nunca es celoso en su deber de publicitar la información de interés público. En otras palabras, cuando el Estado o las autoridades no cumplen fielmente su deber de transparentar su información, es difícil

<sup>554</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>555</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>556</sup> Locke, John, *op. cit.*, p. 54.

<sup>557</sup> *Ibidem*, p. 84. Este argumento no lo sostiene Locke en su *Ensayo*, sino en la *Carta sobre la tolerancia*, publicada en 1685.

<sup>558</sup> *Ibidem*, p. 62.

creerles que sean celosos guardianes de aquello que, dicen, debería permanecer secreto.

### 3. *Voltaire*

Algunos consejos parecidos dio Voltaire<sup>559</sup> cuando le aconseja al soberano: “Si no buscáis molestar los corazones, todos te acompañarán”;<sup>560</sup> cuando dijo que “cuanto más sectas haya, menos peligrosa será cada una de ellas, porque la multiplicidad las debilita”;<sup>561</sup> cuando afirmó: “no hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti”;<sup>562</sup> cuando calculó que la intolerancia siempre da paso a una funesta alternativa, porque sólo produce hipócritas o rebeldes,<sup>563</sup> y cuando evaluó que si la persecución —se refería a la de carácter religioso— fuera una acción santa, habría que considerar que quien hizo matar el número más grande de herejes es el santo más grande del paraíso y, con ironía, afirmó que el papado no pudo equivocarse entonces cuando ordenó la matanza de mujeres hugonotas embarazadas.<sup>564</sup> Todo ello confluye en una enseñanza evidente: la autoridad, cuando pretende tener la verdad, puede equivocarse.

### 4. *De Blackstone a la Ilustración*

Pero hubo que esperar un siglo para que se restableciera en Inglaterra el derecho de publicar sin restricciones previas. Blackstone escribió —siempre refiriéndose al sistema inglés— que la libertad de prensa “es en verdad esencial a la naturaleza de un estado libre: pero ello consiste en no aplicar previa censura a las publicaciones y no en la libertad de censurar (posteriormente) por cuestiones criminales cuando han sido publicadas”.<sup>565</sup>

<sup>559</sup> *Voltaire*: 1694-1778.

<sup>560</sup> Voltaire, *Tratado de la tolerancia*, Losada, 1998, p. 47.

<sup>561</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>562</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>563</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>564</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>565</sup> Blackstone, William, *Comentarios*, IV, 151, citado por Bertoni, Eduardo, *op. cit.*, p. 38.

Es decir, Blackstone se pronunciaba en contra de la censura previa, pero admitía las responsabilidades ulteriores, porque “si lo que el hombre publica es impropio, malicioso o ilegal, él debe soportar las consecuencias de su temeridad”.

La influencia de esas ideas de Blackstone son indudables, y su eco se escucha todavía en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Muchos autores, como Sunstein,<sup>566</sup> sostienen que esta posición de Blackstone está en la base de la primera enmienda, la que a su vez es el fundamento —no ya del artículo 14— del artículo 32 de la Constitución nacional. Más adelante estudiaremos de cerca la primera enmienda.

Poco después de la sanción de la primera enmienda, en 1798, el Congreso norteamericano sancionó la Seditio Act, que prohibía e imponía penas a quienes efectuaran publicaciones falsas, escandalosas y maliciosas contra el gobierno de los Estados Unidos, el Congreso o el presidente. Y si bien se sujetaba a las líneas de las ideas de Blackstone, porque no importaba ninguna censura previa, Madison y Jefferson la cuestionaron. Pero ese criterio sólo fue invalidado en 1964, en el caso *New York Times v. Sullivan*,<sup>567</sup> cuando se comenzó a ver la incongruencia de permitir la publicación, pero, al mismo tiempo, mantener abierta la posibilidad de castigo por una crítica errada.<sup>568</sup>

En Francia, en particular, explica Ricoeur, la Ilustración tiene una proyección política: el establecimiento de un Estado neutro, que no se incline por ninguna confesión ni privilegie a ninguna comunidad religiosa, sino que proteja a todos los cultos por igual en nombre de la libertad de expresión. En nuestras sociedades liberales constitucionales esta neutralidad del Estado y de las demás instituciones públicas es un derecho adquirido, aunque la sociedad civil siga siendo víctima de una competencia encarnizada, sólo que sin el apoyo de la fuerza pública. El tratamiento pacífico de los conflictos entre creencias y convicciones se remite, entonces, a la difícil práctica de la ética de la discusión, que presupone la exis-

<sup>566</sup> Sunstein, Cass, R., *Democracy and the Problem of the Free Speech*, Free Press, Simon & Schuster, 1995.

<sup>567</sup> El caso fue citado en otra parte de este trabajo.

<sup>568</sup> Bertoni, *op. cit.*, p. 39, dice que eso demuestra cuán profundo habían calado las ideas de Blackstone, y que tal vez ello sea el reflejo de las actuales contradicciones.

tencia de un espacio público de discusión, esto es, de una opinión pública informada.<sup>569</sup>

Evidentemente, la libertad de prensa llegó a ser muy molesta. Napoleón lo describió con crudeza: “La libertad de prensa debe estar en manos del gobierno, la prensa debe ser un poderoso auxiliar para hacer llegar a todos los rincones del Imperio las sanas doctrinas y los buenos principios. Abandonarla a sí misma es dormirse junto a un peligro”.<sup>570</sup> Y, muy certero a la hora de evaluar el peso de las fuerzas propias y enemigas, afirmó: “Tres diarios adversos son más temibles que mil bayonetas”.<sup>571</sup> Por eso, clausuró varios diarios.

### 5. *Stuart Mill*

Stuart Mill (1806-1873), por su parte, defendió varias tesis a favor de la libertad de expresión.

La primera de ellas fue la inseparabilidad del pensamiento y de su expresión, por lo cual uno y otra debe beneficiarse del mismo grado de libertad.<sup>572</sup>

La segunda, la injusticia que significa impedir que la opinión censurada pueda sustituir el error por la verdad o, por el contrario, impedir que la exhibición del error haga relucir en mayor medida la verdad.<sup>573</sup> Y, finalmente, la falsa presunción de que la autoridad que quiere imponer una idea o silenciar otra es infalible.<sup>574</sup>

Todas estas ideas tuvieron influencia en los padres fundadores del sistema constitucional norteamericano.

<sup>569</sup> Ricoeur, Paul, “Estado actual de la reflexión sobre la intolerancia”, ponencia presentada en el Foro Internacional sobre la Intolerancia, UNESCO, 27 de marzo de 1997, La Sorbonne, volcada en el volumen Academia Universal de las Culturas, *La intolerancia*, Granica, Argentina, 2007, p. 21.

<sup>570</sup> Sohr, Raúl, *Historia y poder de la prensa*, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1998, p. 18, quien a su vez cita a De Livois, René, *Historie de la presse française*, París, Éditions Spes-Laussane, 1965, p. 176.

<sup>571</sup> McLuhan, Marshall, *Understanding the Media, the Extension of Man*, London, Routledge, 1994, p. 13.

<sup>572</sup> Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 33.

<sup>573</sup> *Ibidem*, p. 37. El hombre es capaz de rectificar sus errores por la discusión y por la experiencia. No solamente por la experiencia, ya que es necesaria la discusión para mostrar cómo debe ser interpretada la experiencia (p. 40).

<sup>574</sup> *Ibidem*, p. 38.

En los padres fundadores también parecen haber pesado las ideas de John Trenchard y Thomas Gordon, que bajo el seudónimo de Cato, habían escrito en Londres, entre 1719 y 1723, una serie de setenta y seis artículos, del cual interesa la carta número 15, de febrero de 1720, titulada:

Sobre la libertad de expresión, que es inseparable de la libertad política. La libertad de expresión es un derecho de cada hombre mientras no se lesione el derecho de otros... Este privilegio sagrado es tan esencial al gobierno de un país libre que la seguridad, la propiedad y la libertad de expresión van juntos; en estos países desgraciados donde el hombre no puede llamar su lengua como propia, escasamente puede considerar cualquier cosa como suya. Cualquiera que quiera eliminar la libertad de una nación debe empezar por conculcar la libertad de expresión.<sup>575</sup>

Pero volviendo a las ideas de Mill, encontramos algunos razonamientos vinculados con la libertad de expresión, que son muy valiosos en sí mismos, y que, también, son perfectamente aplicables a la defensa de nuestra tesis. Dijo Mill:

a) Es imposible separar pensamiento y expresión. Sostuvo Stuart Mill la imposibilidad de hacer escisión, por lo cual la incoercibilidad del pensamiento debe extenderse a la opinión.

Una esfera exenta de control. Hay una esfera de acción en que la sociedad, como distinta del individuo, no tiene más que un interés indirecto, si es que tiene alguno. Nos referimos a esa porción de la conducta y de la vida de una persona que no afecta más que al propio sujeto... Comprende, en primer lugar, el dominio interno de la conciencia, exigiendo la libertad de conciencia en el sentido más amplio de la palabra, la libertad de pensar y de sentir, la libertad absoluta de opiniones. La libertad de expresar y de publicar las opiniones puede parecer sometida a un principio diferente, ya que pertenece a aquella parte de la conducta de un individuo que afecta a sus semejantes, pero dado que es de casi tanta importancia como la libertad de pensamiento y reposa en gran parte sobre las mismas razones, estas dos libertades son inseparables en la práctica.<sup>576</sup>

<sup>575</sup> Eneas Lynch, Alberto H. y Jackisch, Carlota, *Límites al poder, los papeles antifederalistas*, Lumière, 2004, p. 61, citando *The English Heritage*, San Francisco, Ca. Fox & Wilkes, David L. Jacobson y Ronald Hamowy (eds.), 1994, pp. 38 y 39,

<sup>576</sup> Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 32. Y, allí mismo agrega: “No se puede llamar libre a una sociedad, cualquiera que sea la forma de su gobierno, si estas libertades no existen en ella de una manera absoluta y sin reserva”.

Si la información que se recoge de fuentes públicas y, también, de fuentes reservadas, sirve al periodista para generar informaciones vinculadas con hechos y, también, para formarse opinión sobre esos hechos, atacar la fuente de información es una vía indirecta de atacar el conocimiento de los hechos, pero también, la formación de opiniones sobre los hechos.

b) Verdad y error son dos caras de la misma realidad. El pueblo no tiene derecho a ejercer coerción sobre un individuo y silenciarlo puede opacar una verdad.

Yo niego al pueblo el derecho de ejercer tal coerción, ya sea por sí mismo, ya por medio de su gobierno: tal poder es ilegítimo. El mejor gobierno no tiene mejor título a su ejercicio que el peor: es tan perjudicial, o más todavía, cuando se ejerce esa coerción de acuerdo con la opinión pública, que cuando se la ejerce en oposición a ella. Si toda la especie humana opinase de modo unánime, y solamente una persona fuera de opinión contraria, no sería más justo el imponer silencio a esta sola persona que si esta misma persona tratase de imponerse a toda la humanidad, suponiendo que ello fuera posible. Si una opinión sobre cualquier asunto no tuviera valor más que para la persona que la mantiene y el oponerse a su manifestación sólo representara un daño personal, habría entonces alguna diferencia en el daño infligido a pocas personas o a muchas. Pero lo que hay de particularmente malo en imponer silencio a la expresión de opiniones estriba en que supone un robo a la especie humana, a la posteridad y a la generación presente, y de modo más particular, a quienes disienten de esta opinión que a quienes la sustentan. Si la opinión es justa se les priva de la oportunidad de dejar el error por la verdad; si es falsa, se pierden lo que es un beneficio no menor, una percepción más clara y una impresión más viva de la verdad, producida por su choque con el error. Jamás podemos estar seguros de que la opinión que intentamos ahogar sea falsa, y estándolo, el ahogarla no dejaría de ser un mal. La opinión que se intenta suprimir por la autoridad puede muy bien ser verdadera; los que desean suprimirla, niegan su veracidad, pero no son infalibles. No tienen ninguna autoridad para decidir la cuestión por todo el género humano y para impedir a otros el derecho de juzgar.<sup>577</sup>

Y el mismo autor agrega: “Suele ocurrir a menudo que las doctrinas que se contradicen, en lugar de ser la una verdadera y la otra falsa, compartan ambas la verdad; entonces, la opinión disidente es necesaria para

<sup>577</sup> *Ibidem*, p. 38

completar el resto de la verdad, de la cual sólo una parte es poseída por la doctrina aceptada”.<sup>578</sup>

Puede ocurrir que la información suministrada por la fuente sea falsa o que la fuente haya suministrado información verdadera, pero no toda la información. De cualquier manera, esos datos, buenos o malos, son valiosos para contrastar otras verdades e informaciones y llegar a descubrir la verdad.

c) No hay personas ni autoridades infalibles. Tener por cierta una proposición, pero negar que alguien pueda cuestionar su certeza si se le permite hacerlo es como afirmar que nosotros o quienes comparten la misma opinión somos los jueces de la certeza, jueces que no escuchan a la otra parte. Así como dijo Descartes que su primer principio de certeza era “pienso, luego existo”, podríamos afirmar que “debato (dudo), luego pienso”.

Si no hay autoridades ni personas infalibles, mucho menos debe confiarse en la pretendida verdad o buena voluntad de esas autoridades cuando ellas mismas pueden tener un interés parcial en el resultado del debate que plantean.

d) El control produce un mal mayor que el que puede evitar. Según Stuart Mill, existen muchos actos positivos, para el bien de los demás, a cuya realización se puede obligar a un individuo, por ejemplo el de aportar testimonio a la justicia, o el de tomar parte activa, sea en la defensa común, sea en toda otra obra común necesaria a la sociedad. También se lo puede hacer responsable ante la sociedad si no cumple ciertos actos benéficos individuales, como por ejemplo defender al débil contra los malos tratos. La regla de hacer responsable a un individuo del mal que causa a los otros; la excepción, comparativamente se entiende, hacerle responsable del mal que no les evitó. Pero —y esto es lo importante— a menudo hay buenas razones para no exigirle tal responsabilidad, ya sea porque se trata de un caso en que el individuo actúe mejor abandonado a su propia iniciativa que sometido a cualquier clase de control que la sociedad pueda emplear sobre él, o bien porque una tentativa de control pueda producir males mayores que los que se intentan evitar. Cuando razones como éstas excluyen la exigencia de una responsabilidad, la conciencia del que obra debe tomar las atribuciones del juez ausente, para defender los intereses de los que carecen de protección exterior, juzgán-

<sup>578</sup> *Ibidem*, p. 62.

dose a sí mismo, en este caso, tan severamente cuando que no está sometido a juicio de sus semejantes.<sup>579</sup>

Estas ideas se pueden aplicar perfectamente a la actividad periodística: quizá, es cierto, el periodista no siempre actúe del mejor modo humanamente posible cuando no está sometido a control, pero sería mucho más perjudicial dejarlo expuesto a las influencias del Estado para presionar su conducta. Si se exige al periodista de estar sometido a control, podrá haber cientos de periodistas falaces y corruptos, pero seguramente habrá algunos libres, que tengan la intención de iluminar el camino a la sociedad; si, por el contrario, abro las puertas que dejan al periodista expuesto a las presiones del poder político, sólo habrá lugar para periodistas serviles.

e) No debe correr riesgos. Si la persona que revela una verdad nueva y que puede ser beneficiosa para la sociedad, puede quedar luego expuesto a sufrir un perjuicio, “debería presentarse, como acostumbraba hacer entre los locrenses el que proponía una verdad, con la cuerda al cuello, la cual debería apretarse si la asamblea popular, después de haber escuchado sus razones, no adoptaba inmediatamente su proposición”.<sup>580</sup>

Someter al periodista a un control estatal es exponerlo a un riesgo que puede llevar al periodista a preferir guardar silencio.

#### IV. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UN AMBIENTE DE LIBERTAD

Para entender el alcance que se le quiso dar a la consagración constitucional de la libertad de expresión es muy importante entender que esa libertad se fue forjando en el ambiente liberal de las colonias americanas.

##### 1. *El consenso liberal*

Para explicar cómo surgieron las ideas liberales en los Estados Unidos, Huntington<sup>581</sup> niega que hayan sido una importación directa de las ideas de

<sup>579</sup> Stuart Mill, John, *op. cit.*, p. 32.

<sup>580</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>581</sup> Ese autor, en la obra citada, se empeña en buscar, no la identidad de la democracia, sino la identidad de los Estados Unidos, y sostiene que es el resultado de varios factores que incluyen la presencia preponderante de los colonos —un concepto distinto del de inmigrantes—, la religión protestante y el credo democrático liberal —como concepto no religioso sino civil—, aunque entroncado con la concepción religiosa de esa sociedad.

la Ilustración, y afirma que la cultura central de ese país ha sido siempre y sigue siendo la cultura de los colonos<sup>582</sup> de los siglos XVII y XVIII, que fundaron la sociedad norteamericana. Los elementos nucleares de dicha cultura incluyeron la religión cristiana, los valores y el moralismo protestante, la ética del trabajo, la lengua inglesa, las tradiciones británicas en materia de ley, justicia y limitación del poder gubernamental y un legado artístico, literario, filosófico y musical europeo, a partir de todo lo cual los colonos desarrollaron, a lo largo de los siglos XVIII y XIX, el credo norteamericano, con los principios de libertad, igualdad, individualismo, derechos humanos, gobierno representativo y propiedad privada.

Téngase en cuenta que Locke, considerado como el primer inspirador de la democracia moderna, no pudo haber influido en la organización de las colonias americanas, porque la colonia de Virginia se organizó en 1606, y la de Connecticut, en 1639,<sup>583</sup> mientras que Locke nació en 1632, y tuvo relación con las colonias en 1670.

Por eso, dice Huntington, Estados Unidos no fue fundado como un fragmento liberal, “lockeano” o ilustrado de Europa, sino como una sucesión de fragmentos protestantes, un proyecto que ya estaba en marcha cuando Locke nació, y los autores que tratan de equiparar el consenso liberal o Credo americano exclusivamente con las ideas de Locke y de la Ilustración no hacen más que ofrecer una interpretación secular de lo que son las fuentes religiosas de los valores estadounidenses.<sup>584</sup>

Quizá se pueda decir que ese consenso liberal era, en los Estados Unidos, lo que Rawls, refiriéndose a otras ideas propias de su concepción po-

<sup>582</sup> Dice Huntington, Samuel P., *op. cit.*, p. 67, que los colonos tienen un inicio claro en un lugar y momento específico, pues sintieron la necesidad de producir códigos escritos: los primeros códigos legales del mundo anglohablante fueron redactados en Virginia (1606); en Bermudas (1612), en Plymouth (1636) y en la bahía de Massachussets (1648). Pero se considera que la primera Constitución moderna de la democracia fueron las Órdenes Fundamentales de Connecticut, de 1638. La compulsa personal de estas Fundamental Orders (son once), que en realidad fueron dictadas el 24 de enero de 1939, según nuestro calendario, y que se dieron para sí las tres comunidades del río Connecticut (Windsor, Hartford y Wethersfield), establecen un mecanismo de elección de diputados para una asamblea y una corte general en Hartford; no tienen alusión ni mención alguna a la autoridad del rey inglés ni ningún otra sumisión y no excluyen del derecho electoral a los no puritanos. Entre los objetivos de esta constitución, que es ciento cincuenta años anterior a la norteamericana, está el de “preservar la libertad”.

<sup>583</sup> Véase la nota anterior.

<sup>584</sup> Huntington, Samuel P., *op. cit.*, p. 89.

lítica de la justicia, llama “la cultura de trasfondo de la sociedad civil”, es decir, la cultura de lo social, no de lo político, que constituye la cultura de la vida diaria, de sus muchas asociaciones (Iglesias, universidades, sociedades culturales y científicas, clubes, etcétera), cuyo contenido resulta familiar y es inteligible, por lo menos entre los ciudadanos educados y con sentido común, y que son vistas como un fondo de ideas y principios implícitamente compartidos.<sup>585</sup>

América ofrecía un terreno más abonado que Inglaterra para el desarrollo de la libertad y del puritanismo. Pues bien: los congregacionistas<sup>586</sup> llevaron consigo a América la idea de un pacto o convenio, como acto inicial fundamental de las sociedades, y así se concibe que los primeros fugitivos que desembarcaron en 1620 —en el lugar que ahora es Plymouth— firmaron un pacto de establecimiento, poniéndose de acuerdo respecto de la forma política de vida para el futuro. De ahí que la mayoría de las comunidades políticas de Nueva Inglaterra sean el contrato social en acción y tengan su ley fundamental como base.<sup>587</sup>

Observaba Tocqueville que no hay que creer que la piedad de los puritanos fuera solamente especulativa ni que se mostrara extraña a la marcha de las cosas humanas: el puritanismo era casi tanto una teoría políti-

<sup>585</sup> Rawls, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 38.

<sup>586</sup> La idea democrática, base de la Iglesia reformada, se desarrolló a fines del siglo XVI en Inglaterra, en primer lugar por obra de Robert Brown y de sus adeptos. Ellos creían en la idea de un pacto con Dios, y además reconocían la voluntad de la mayoría como norma rectora. Perseguidos en Inglaterra, el brownismo se refugió en Holanda y bajo el influjo de John Robinson se transformó en congregacionismo. Esta doctrina, que no es sino una forma primitiva del independentismo, tenía por principios, ante todo, la separación de la Iglesia y del Estado y la autonomía de cada comunidad para gobernarse y administrarse en los asuntos espirituales, mediante el consentimiento libre. Ese individualismo soberano en materia religiosa tuvo consecuencias extraordinarias, pues asentó plenamente la libertad de conciencia y la reclamación de esta libertad como un derecho que no fue otorgado ni puede estar sometido a ningún poder terrenal. El independentismo no se confinó al mero terreno espiritual, y sus doctrinas se transportaron al campo político. Consideraba al Estado y a toda asociación política, al igual que la Iglesia, como el resultado de un contrato entre sus miembros, originariamente soberanos. Son esos congregacionistas, perseguidos y desterrados, los que en noviembre de 1620 celebraron un pacto a bordo del Mayflower, antes de fundar New Plymouth. Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, estudio introductorio de Miguel Carbonell, México, UNAM, 2003, p. 115.

<sup>587</sup> Jellinek, Georg, *op. cit.*, p. 57.

ca como una doctrina religiosa. Y, apenas desembarcados, el primer cuidado de los emigrantes fue organizarse en sociedad. Los principios generales sobre los que descansan las Constituciones modernas, principios que la mayor parte de los europeos del siglo XVII comprendían apenas, y que triunfaban entonces imperfectamente en Gran Bretaña, fueron todos reconocidos y fijados en las leyes de la Nueva Inglaterra: la intervención del pueblo en los negocios públicos, el voto libre de impuestos, la responsabilidad de los agentes del poder, la libertad individual y el juicio por medio de jurado. Los principios de Nueva Inglaterra se extendieron primero en los Estados vecinos, y finalmente penetraron en la confederación entera.<sup>588</sup>

El credo norteamericano fue surgiendo a medida que las relaciones con Gran Bretaña fueron deteriorándose por cuestiones de índole comercial e impositiva y la pretensión del Parlamento inglés de ampliar el poder sobre las colonias. Todo ello llevó a pensar en la independencia, pero como los colonos y los ingleses formaban en términos de raza, cultura, etnia y lengua un mismo pueblo, los estadounidenses argumentaron con una lógica distinta: el gobierno británico se estaba desviando de los conceptos ingleses de libertad, ley y gobierno por consentimiento.<sup>589</sup>

A partir del siglo XVII, en Europa las sociedades aceptaban o rechazaban la Reforma, pero en los Estados Unidos, la Reforma creó una sociedad nueva, a partir de las ideas puritanas y su apego a la libertad. El protestantismo estadounidense difería del europeo, y en especial de las confesiones (como la anglicana y la luterana), que se convirtieron en iglesias oficiales en algunos países. Esa diferencia fue apreciada en su momento por Edmund Burke, quien contrastaba el miedo, el sobrecogimiento, la obligación y la reverencia que sentían los ingleses hacia las autoridades políticas y religiosas con el espíritu de rabiosa libertad de los norteamericanos: ese espíritu, según Burke, tenía su origen en la variedad característicamente norteamericana del protestantismo, pues los norteamericanos son protestantes, y fueron de una vertiente protestante muy reacia a cualquier sumisión implícita del pensamiento o de la opinión. Todo el protestantismo, hasta el más frío y pasivo, es una forma de disenso. Pero la religión que más prevalecía en las colonias del norte —se refiere Huntington a los pu-

<sup>588</sup> Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 13. México, 2005, pp. 56, 58 y 61.

<sup>589</sup> Huntington, Samuel P., *op. cit.*, p. 71.

ritanos de Nueva Inglaterra— era un refinamiento del principio de resistencia: era la disidencia del disenso y el protestantismo de la religión protestante.<sup>590</sup> Bryce estaba en desacuerdo con esa misma idea, pues afirmó que el celo religioso y la conciencia religiosa de Nueva Inglaterra pasaron en gran medida al conjunto de la nación. Además, había otro elemento religioso que favorecía a la libertad de opinión: la organización eclesiástica protestante era de carácter democrático y participativo y, por lo tanto, poco jerárquico.

Hasta aquí vemos que el ambiente de las colonias era propicio para el surgimiento de una amplia tutela de la libertad de expresión, pues esta libertad era un bien muy valorado en un clima social que se caracterizaba por:

- Un consenso liberal.
- El puritanismo como doctrina religiosa y política.
- El congregacionismo, que llevaba consigo la idea de un pacto de establecimiento.
- El protestantismo como disenso.

## 2. *La Independencia y los derechos inalienables*

En la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776 aparece la referencia a que los hombres “son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables”, y para garantizarlos “se instituye entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados”.

Además, todos los estados, para entonces, ya se habían dictado una Constitución colonial y declaraciones de derechos.

Pero en 1787, cuando se convocó al Congreso para revisar los artículos de la Confederación de 1781, los representantes de los estados tenían visiones distintas sobre el futuro del gobierno central.

Por un lado, estaban los debates entre federalistas y antifederalistas. Los federalistas sostenían que era indispensable otorgarle mayor poder al gobierno central, mientras que los antifederalistas defendían la idea con-

<sup>590</sup> *Ibidem*, p. 90, citando a Burke, Edmund, *Reflections on the Revolution in France*, Chicago, Regnery, 1995, pp 125 y 126 (traducción al castellano: *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, Madrid, Alianza, 2003).

traría, pues temían que ese aumento de poder terminara por anular a los estados y los derechos individuales.

Por otro lado, esos mismos hombres se debatían entre ideas democráticas, proclives a reconocer un poder ilimitado a las mayorías políticas, y republicanas, ideas que proponían la necesidad de establecer frenos a esas mayorías.

Ése era el debate de fondo en la época constituyente norteamericana, y su desenvolvimiento influyó en la caracterización que la libertad de expresión tuvo en los textos constitucionales.

### 3. *Una Constitución sin declaración de derechos*

La Constitución norteamericana, aprobada el 17 de septiembre de ese año, no contenía una declaración de derechos, puesto que había prevalecido la idea de que resultaría incongruente con el espíritu de la Constitución, ya que el gobierno nacional que se aprobaba surgía de los estados miembros y, por lo tanto, sus poderes eran tan sólo los que taxativamente le delegaban los estados. Además, de los 56 delegados a la Convención constituyente, sólo ocho habían estado en la Declaración de la Independencia.<sup>591</sup>

Por eso, después de enumerar todos los poderes que el gobierno nacional podía ejercitar, no tenía sentido que la Constitución enumerara los poderes que no podía ejercitar.<sup>592</sup>

Tal como lo dijo Alexander Hamilton (*Papeles Federalistas*, número 84),

Se ha observado con razón varias veces que las declaraciones de derechos son originalmente pactos entre los reyes y sus súbitos, disminuciones de la prerrogativa real a favor de fueros, reservas de derechos que no se abandonan al príncipe. De esa índole es la Carta Magna arrancada por los barones, espada en mano, al rey Juan. Y a esa clase pertenecen también las confirmaciones posteriores de esa Carta por los príncipes que siguieron, la Petición de Derechos, aceptada por Carlos I al comenzar su reinado, la Declaración de derechos presentada por los Lores y los Comunes al Príncipe de Orange en 1899 —la Revolución Gloriosa— a la que después se dio la

<sup>591</sup> Dahl, Robert, *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, México Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 12.

<sup>592</sup> Benegas Lynch, Alberto H. y Jackisch, Carlota, *op. cit.*, citando a Mac Donald, Forrest, E., *Pluribus Unum*, Indianapolis, Liberty Press, 1965, p. 317.

forma de una ley del parlamento, llamándola Ley de Derechos. Es evidente, por lo anterior, que de acuerdo con su significado primitivo, no tienen aplicación en el caso de las constituciones, las cuales se fundan por hipótesis en el poder del pueblo y se cumplen por sus representantes y servidores inmediatos. Estrictamente hablando, el pueblo no abandona nada en este caso y como lo retiene todo, no necesita reservarse ningún derecho en particular. Nos el pueblo de los Estados Unidos... aquí tenemos un reconocimiento de derechos superior... La más destacada de las objeciones adicionales —a la Constitución— es que el plan de la Convención no contiene un Bill of Rights. Voy tan lejos como para afirmar que el Bill of Rights, en el sentido que se reclama, no es sólo innecesario en la Constitución sino que podría ser peligroso, puesto que ¿por qué declarar aquellas cosas que no pueden hacerse si no existe el poder para hacerlas? ¿Por qué, por ejemplo, debe decirse que la libertad de prensa no será restringida cuando en verdad no existen poderes para imponer restricciones? La Constitución no debe ser objetada contra el absurdo de prevenir contra el abuso de una autoridad que no ha sido otorgada.<sup>593</sup>

En realidad, muchos de los constituyentes consideraban un *Bill of Rights* como una falta de respeto a la gente, puesto que la Constitución tenía por objeto ponerle límites al poder político, y no enumerar derechos sobre los que el poder no tenía facultad alguna para pronunciarse.

#### 4. Elementos republicanos en la Constitución

Muchos autores consideran que los padres fundadores, incluyendo a los *framers*, se proponían crear una república, no una democracia.

En realidad, el *Federalista X*, carta escrita por Madison al pueblo del estado de Nueva York, parece dar origen a esta opinión.

Refiriéndose a los partidos políticos, dice que hay dos maneras de evitar los males del espíritu del partido: una es suprimir las causas; la otra es suprimir sus efectos. Hay, también, dos métodos para hacer desaparecer las causas del espíritu de partido: destruir la libertad, esencial a su existencia, o dar a cada ciudadano las mismas opiniones, las mismas pasiones y los mismos intereses. Del primer remedio puede decirse con verdad que es

<sup>593</sup> Hamilton, Alexander; Madison, James, y Jay, John, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, carta LXXXIV, p. 365. Hamilton dirigió su nota al pueblo de Nueva York.

peor que el mal perseguido. La libertad es al espíritu faccioso lo que el aire al fuego, un alimento sin el cual se extingue. Pero no será menor locura suprimir la libertad, que es esencial para la vida política, porque nutre a las facciones, que el desear la desaparición del aire, indispensable a la vida animal, porque comunica al fuego su energía destructora.<sup>594</sup>

Y, en lo atinente a la república, dijo Madison:

Se puede concluir que una democracia pura, por la que entiendo una sociedad integrada por un reducido número de ciudadanos, que se reúnen y administran personalmente el gobierno, no puede evitar los peligros del espíritu sectario. En casi todos los casos, la mayoría sentirá un interés o una pasión comunes; la misma forma de gobierno producirá una comunicación y un acuerdo constantes; y nada podrá atajar las circunstancias que invitan sacrificar al partido más débil o a algún sujeto odiado. Por eso estas democracias han sido siempre el espectáculo de su turbulencia y de sus pugnas; por eso han sido siempre incompatibles con la seguridad personal y los derechos de propiedad; y por eso, sobre todo, han sido tan breves sus vidas como violentas sus muertes. Los políticos teóricos, que han patrocinado estas formas de gobierno, han supuesto erróneamente que reduciendo los derechos políticos del género humano a la absoluta igualdad, podrían al mismo tiempo igualar e identificar por completo sus posesiones, pasiones y opiniones. Una república, o sea, un gobierno en que tiene efecto el sistema de la representación, ofrece distintas perspectivas y promete el remedio que buscamos. Examinaremos en qué puntos se distingue de la democracia pura y entonces comprenderemos tanto la índole del remedio cuanto la eficacia que ha de derivar de la Unión. Las dos grandes diferencias entre una democracia y una república son: primera, que en la segunda se delega la facultad de gobierno en un pequeño número de ciudadanos, elegidos por el resto; segunda, que la república puede comprender un número más grande de ciudadanos y una mayor extensión de territorio. El efecto de la primera diferencia consiste, por una parte, en que afina y amplía la opinión pública, pasándola por el tamiz de un grupo escogido de ciudadanos, cuya prudencia puede discernir mejor el verdadero interés de su país... Con este sistema, es muy posible que la voz pública, expresada por los representantes del pueblo, esté mas en consonancia con el bien público que si la expresara el pueblo mismo, convocada a ese fin. Por otra parte, el efecto puede ser el inverso... La otra diferencia estriba en que el gobierno republicano puede regir a un número mucho mayor de ciudadanos y una

<sup>594</sup> Hamilton, Alexander; Madison, James, y Jay, John, *op. cit.*, número X, p. 35.

extensión más importante que el gobierno democrático... Cuanto más pequeña es una sociedad, más escasos serán los distintos partidos e intereses que los componen...<sup>595</sup>

Dahl, a pesar de lo anterior, dice que es desacertado sostener que los Estados Unidos sea una república<sup>596</sup> —sino que es una democracia— y señala que el propio Madison, en *El Federalista* núm. 39, planteó las dificultades para definir apropiadamente a la república. Sin embargo, Dahl admite que probablemente Madison haya recibido también la influencia de una larga tradición de republicanismo, que tanto en la teoría como en la práctica se inclinaba antes a la aristocracia, el sufragio limitado, la preocupación por los derechos de propiedad y el temor a la plebe, que a un gobierno de base ampliamente popular, dependiente de la voluntad del pueblo.<sup>597</sup>

Examinada desde esa perspectiva, la Constitución de los Estados Unidos contenía varias importantes características no democráticas: la esclavitud, el sufragio (calificado por los estados), la elección del presidente por medio de colegio electoral, la Cámara de Senadores seis años, pensada como control de diputados, la representación igualitaria de los estados sin importar la población de cada estado, el Poder Judicial que regula la constitucionalidad de las leyes federales). Los líderes diseñaron una república, y el pueblo y algunos líderes que respondían al mismo (Madison, entre ellos) evolucionaron hacia una república democrática.<sup>598</sup>

Señala Sunstein que, desde el principio, el orden constitucional de los Estados Unidos se creó para constituir una república, diferente de la monarquía o de una democracia directa, y que no se puede comprender el sistema que regula la libertad de expresión ni los efectos de las nuevas tecnologías de la comunicación sin tener en cuenta ese ideal. Por un lado,

<sup>595</sup> Hamilton, Alexander; Madison, James, y Jay, John, *op. cit.*, número X, p. 40.

<sup>596</sup> Dahl, Robert, *op. cit.*, p. 12.

<sup>597</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>598</sup> Recuerda Dahl, *ibidem*, p. 33, que en las tres décadas anteriores a la llegada de Tocqueville, los defensores de una república más democrática, guiados por el liderazgo de Jefferson y Madison, entre otros, habían realizado ya algunos cambios. Ese desplazamiento de opiniones quedó simbolizado por el cambiante nombre del partido que ganó la presidencia y el Congreso en las elecciones de 1800: para derrotar a los federalistas, Jefferson había creado un partido al que llamaron Partido Republicano Demócrata; hacia 1832, con Andrew Jackson como candidato vencedor, el partido se convirtió lisa y llanamente en Partido Demócrata.

la Constitución de los Estados Unidos mostró un firme rechazo a la idea monárquica, y transfirió la soberanía de cualquier monarquía al “Nosotros, el Pueblo”, pero al mismo tiempo los fundadores mostraron un gran temor hacia las pasiones y prejuicios del pueblo, y no querían el gobierno para convertir los deseos populares en leyes. De hecho, eran receptivos a algún modo de filtración, aunque muy diferente del que se había puesto de manifiesto hasta entonces. En lugar de permitir a los ciudadanos que filtraran directamente lo que veían y oían, aspiraron a crear instituciones que filtraran los deseos populares y garantizaran una política que fomentara el bien público. Por lo tanto, la estructura de la representación política y el sistema de contrapesos fueron pensados para establecer un modo de filtración entre los individuos y la ley, así como para garantizar que los resultados fueran fruto de la reflexión y la buena información. Al mismo tiempo, los creadores dieron mucha importancia a la idea de virtud cívica, que requería que los participantes en la vida política actuaran como ciudadanos dedicados a algo más que su propio interés. Esta forma de republicanismo intentó crear una democracia deliberativa: los representantes serían responsables ante el público en general, pero también tenían un alto grado de reflexión y debate, tanto en la ciudadanía como en el propio gobierno. El sistema bicameral, la incorporación del Senado y la figura del colegio electoral son instituciones que cumplen ese rol. De todo ello surge claramente que la Constitución no estaba basada en la asunción de que la democracia directa era el ideal que debería ser reemplazado por las instituciones republicanas por el solo hecho de que aquélla ya no era factible: la democracia norteamericana nunca ha sido directa, y un buen sistema democrático intenta garantizar las decisiones reflexivas y bien fundadas, y no simplemente las instantáneas de opiniones individuales reunidas a conveniencia.<sup>599</sup>

### 5. *Antifederalistas y republicanos*

La desconfianza de los antifederalistas y de los republicanos se mantuvo.

<sup>599</sup> Sunstein, Cass, *op. cit.*, p. 47. El autor dice que éste sigue siendo así, aun cuando gracias a las nuevas tecnologías sean posibles experimentos de democracia directa, los cuales, desde el punto de vista constitucional, no merecen ser celebrados, pues son una distorsión del ideal deliberativo original.

Las ideas republicanas habían intentado mitigar el peso de las mayorías políticas al introducir, en la Constitución norteamericana, diversos mecanismos que procuraban frenar su avance incontrolado. Vimos en el párrafo anterior cuáles eran esos mecanismos.

El republicanismo clásico, como señala Rawls,<sup>600</sup> exigía participación del ciudadano en la vida política. Y esos mecanismos buscaban establecer un equilibrio entre participación y control.

Una vez sancionada la Constitución, se publicaron numerosos artículos por parte de los federalistas, para mostrar las ventajas de la Constitución y lograr su ratificación por los estados, y también por los antifederalistas, con el objetivo contrario. Los federalistas sostenían que un gobierno central fuerte evitaría los riesgos del desmembramiento de la Unión, que consideraban que era débil; mientras que los antifederalistas temían que el nuevo gobierno viniera a reproducir el despotismo de Jorge III, y señalaban que la Constitución estaba condenada al fracaso, ya que la deliberación no era posible en una república grande y heterogénea.

Entre los fedederalistas estaban, como se sabe, George Hamilton, James Madison y John Jay.

Entre los antifederalistas figuraban Samuel Bryan, Richard H. Lee, John P. Wintrop, John Lansing, Ellbridge Gerry, George Clinton, Robert Yates, Melancton Smith y John De Witt; se hacían llamar Centinel, Ple-

<sup>600</sup> Rawls, *op. cit.*, p. 198, describe el republicanismo clásico como un punto de vista de que, si los ciudadanos de una sociedad democrática han de preservar sus derechos y libertades básicas, incluidas las libertades civiles que aseguran las libertades de la vida privada, también deben tener en grado suficiente las virtudes políticas y estar dispuestos a participar en la vida pública. La idea es que sin una amplia participación en la vida democrática, mediante un vigoroso y bien informado cuerpo de ciudadanos, y ciertamente cuando hay una generalizada reclusión en la vida privada, aun las mejor diseñadas instituciones políticas caerán en manos de quienes intentan dominar e imponer su voluntad en todo el aparato del estado, ya sea en aras del poder o de la gloria militar, o por razones de clase social o intereses económicos, por no mencionar el fervor religioso expansionista y fanatismo nacionalista. La preservación de las libertades democráticas requiere de la participación activa de ciudadanos que posean las virtudes políticas necesarias para mantener vigente el régimen constitucional. El republicanismo clásico “no tiene una oposición incompatible” con la concepción de Rawls sobre la justicia como imparcialidad, según lo señala el propio autor, que dice que puede haber diferencias importantísimas en asuntos de diseño institucional y de sociología política, pero no hay una oposición fundamental, pues el republicanismo político clásico no presupone una doctrina comprensiva religiosa, política o moral. Nada en el republicanismo clásico es incompatible con el liberalismo político. Rawls, *op. cit.*, p. 198.

bian, Agrippa, Sydney, A Georgian, Cato, Brutus, Federal Farmer y Old Whig. También estaban George Mason, John Taylor y Patrick Henry.

Ambos bandos tenían ideas republicanas, basadas en la división de poderes, para debilitar al poder. Los federalistas hicieron aportes en esa dirección, cuando establecieron la dualidad de las cámaras legislativas. Para atemperar las pasiones de la Cámara de representantes, crearon un Poder Judicial independiente, el sistema representativo y el sistema de frenos y contrapesos. Los antifederalistas entendían que la libertad republicana estaría mejor preservada en unidades pequeñas donde la gente tenía rol activo y continuo en el gobierno, mientras que bajo el nuevo plan —el de los federalistas— los representantes se tornarían independientes más que dependientes de la gente.<sup>601</sup>

En rigor, el pensamiento republicano —encarnado por los federalistas— requería de cierto acuerdo básico, como el que reclamaban los antifederalistas. Pero los federalistas rompieron el molde republicano convencional y veían en la diversidad una riqueza útil para el debate.<sup>602</sup> Para ellos, la heterogeneidad no sería un obstáculo, sino una fuerza creativa que acrecentaría la deliberación y daría mejores resultados. Hamilton decía —en respuesta a Brutus— que el desacuerdo de las partes fomentaría la deliberación.<sup>603</sup> Pero, a la vez, los federalistas impusieron la idea de que los representantes no podían tener un mandato limitado por los representados, que le dijese cómo votar, porque, como dijo el senador Roger Sherman en el Congreso constituyente, cuando el pueblo ha elegido un representante, es deber de éste reunirse con otros y consultar y coincidir con ellos en aquellas leyes que sirven para beneficio de toda la comunidad. La Constitución bien podría verse como algo pensado para crear una república de razones, que surgen del libre intercambio de ideas. La misma actitud que se espera del representante es la que se espera del ciudadano en una república que funciona bien.

Los federalistas fueron quienes se impusieron en un primer momento, porque la Constitución fue ratificada.

Pero los antifederalistas obtuvieron un triunfo posterior: desconfiados del poder político, finalmente lograron sancionar, en 1791, el *Bill of Rights*

<sup>601</sup> Benegas Lynch, Alberto H. y Jackisch, Carlota, *op. cit.*, citando a Allen, W. y Lloyd, G., *The Essential Antifederalist*, University Press of America, 1985, pp. XI-XIV.

<sup>602</sup> Sunstein, Cass, *op. cit.*, p. 48.

<sup>603</sup> *El Federalista, cit.*, núm. 81.

como un reaseguro adicional, que no consistía en una enumeración de derechos, sino de prohibiciones hacia el gobierno central.<sup>604</sup>

Entre las influencias que recibieron los colonos y los padres fundadores, a la hora de la libertad de expresión, estuvieron las opiniones de John Trenchard y Thomas Gordon, arriba explicadas.

También hay que recordar el debate entre Madison y Jefferson sobre la incorporación de la declaración de derechos. Madison, en un primer momento, se oponía a tal propuesta de Jefferson, aunque terminó aceptándola. Pero ambos tenían razones muy distintas para ello: mientras Jefferson, una de las personas que más insistió en la necesidad de contar con una declaración de derechos para asegurar la libertad de prensa, el hábeas corpus y el juicio por jurados, especialmente porque la Constitución no contenía un artículo que reservara al pueblo todo el poder que éste no había delegado expresamente al gobierno central —ya vimos la respuesta que dio Hamilton— y veía que tal Declaración de Derechos, reforzada por los tribunales, se podría convertir en un baluarte para la libertad, Madison se preguntaba: “¿qué función cumpliría una declaración de derechos en un gobierno popular?”,<sup>605</sup> y respondía su propia pregunta diciendo que “las verdades políticas declaradas de tan solemne manera van adquiriendo el carácter de máximas fundamentales del libre gobierno y, a medida que entran a formar parte del sentimiento de la Nación, contrarrestan los impulsos que responden al interés y la pasión”.

Para Madison, la Declaración de Derechos terminaría convirtiéndose en una fuente de entendimiento entre personas completamente diferentes; para Jefferson, era un baluarte de libertad.

Por su parte, Bryan (Centinel), que escribía en el estado de Pennsylvania alertando sobre los defectos de la Constitución que querían ratificar los federalistas, insistió sobre la necesidad de dejar explícitamente salvados en la Constitución ciertos derechos que la población debía poseer como inalienables, entre ellos la libertad de expresión, y recuerda que junto con otros antifederalistas, en la Convención propusieron incluir una declaración de derechos, en la que la cláusula 6a. decía: “El pueblo tendrá derecho a la libertad de expresar, escribir y publicar sus opiniones, por lo

<sup>604</sup> Benegas Lynch, Alberto H. y Jackisch, Carlota, *op. cit.*, p. 41.

<sup>605</sup> Carta de Madison dirigida a Jefferson el 17 de octubre de 1788.

que la libertad de prensa no se verá limitada por ninguna ley de los Estados Unidos”.<sup>606</sup>

También otro antifederalista, John De Witt, que publicó sus ensayos en *The American Herald*, de Boston, también partiendo de una visión contractualista, sostuvo un argumento distinto para defender la libertad de prensa, basándose en la necesidad de prevenirse contra la manipulación que se puede hacer del lenguaje de textura abierta que impregnaba la Constitución y la posibilidad de que el poder haga mal uso de las atribuciones delegadas; decía:

El lenguaje es tan manipulable, y es tan difícil transmitir ideas exactas mediante las palabras, que la parte a ser gobernada no puede pasarse de explícita. La línea no puede ser trazada con demasiada exactitud y esta precisión se incrementa en proporción al tamaño del sacrificio y la cantidad de quienes lo hagan... La gente, aunque sea completamente factible que hayan reservado cada poder que no concedieron expresamente, aún temerosos de que las palabras usadas para expresar aquellos derechos así concedidos pudieran transmitir más que lo que originalmente pretendieron, optaron en el mismo momento por expresar en un lenguaje diferente aquellos derechos que el acuerdo no incluía, y que ellos nunca concibieron abandonar, buscando así prevenir toda causa de futuros altercados y la intrusión en la sociedad de esa doctrina de la implicación tácita (poderes implícitos) que ha sido tema favorito de cada tirano desde el origen de todo gobierno hasta el día de hoy.<sup>607</sup>

Herbert J. Storing sostiene que los federalistas dieron a los Estados Unidos la Constitución, pero los antifederalistas dieron el *Bill of Rights*. Más aún, parece muy razonable hoy, cuando se ve que el constitucionalismo está tan conectado con el *Bill of Rights*, concluir que el antifederalismo, los perdedores aparentes del debate sobre la Constitución, han sido en definitiva los ganadores, y, como dice el autor citado, su contribución al esquema de la libertad constitucional en América es fundamental.<sup>608</sup>

<sup>606</sup> Benegas Lynch, Alberto H. y Jackisch, Carlota, *op. cit.*, 2004, p. 180.

<sup>607</sup> *Ibidem*, p. 217, citando a Frohnen, Bruce, *The Antifederalists. Selected Writings and Speeches*, Washington, D. C., Regnery Publishing, 1999, p. 498.

<sup>608</sup> Benegas Lynch, Alberto H. y Jackisch, Carlota, *op. cit.*, p. 54.

Dahl sostiene, sin embargo, que las primeras diez enmiendas, redactadas por Madison, no deben atribuirse a la revolución democrática que siguió a la sanción de la Constitución, sino que derivaron de demandas democráticas que ya estaban en el seno de la Convención por delegados que alentaban un sistema más democrático que el que pedían sus colegas.<sup>609</sup> En rigor, no vamos a decidir ahora si la demanda de la enunciación de derechos ya estaba en el seno de la Convención constituyente o si su inclusión fue el fruto de los esfuerzos posteriores que siguieron haciendo los antifederalistas. Lo que queremos remarcar es el contexto religioso y político, siempre liberal, en que surge la libertad de expresión.

## 6. *El credo liberal*

A partir de esos elementos, se fue formando el contexto de la libertad de expresión.

Según Huntington, existe entre los académicos un acuerdo central sobre el contenido de las ideas centrales del credo norteamericano:<sup>610</sup> Myrdal incluyó la divinidad esencial del ser humano individual, la igualdad fundamental entre todos los hombres y ciertos derechos inalienables a la libertad, la justicia y la igualdad de oportunidades; Jefferson incluyó en la Declaración de Independencia la igualdad del hombre, los derechos inalienables, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; Tocqueville consideraba que todas las gentes de los Estados Unidos estaban de acuerdo con la libertad, la igualdad, la libertad de prensa, el derecho de asociación, el jurado y la responsabilidad de los agentes de gobierno, y en el decenio de 1890, Bryce resumió las creencias políticas del siguiente modo: los derechos sagrados del individuo, el pueblo como fuente de poder político, el gobierno limitado por la ley, el pueblo, la preferencia del gobierno local sobre el nacional, la regla de la mayoría, y cuanto menos gobierno, mejor.<sup>611</sup>

Es decir, todas estas ideas del credo norteamericano se nutrieron de la Ilustración, cuyos conceptos se hicieron populares entre la elite nortea-

<sup>609</sup> Dahl, R., *op. cit.*, p. 37. El Madison maduro seguía creyendo que todo poder en manos humanas está sujeto a abusos, pero tenía mayor fe en el gobierno de la mayoría.

<sup>610</sup> Más allá de que esas ideas hayan sido respetadas o de que los Estados Unidos haya tenido épocas oscuras, es indiscutible que aquellas ideas están insertas en la parte central de la ideología constitucional norteamericana y en los valores de sus instituciones.

<sup>611</sup> Huntington, Samuel P., *op. cit.*, p. 92.

mericana a mediados del siglo XVIII, pero aquellas ideas hallaron un terreno fértil que ya venía siendo abonado por la cultura protestante norteamericana que se venía forjando desde hacía más de un siglo, fraguada a fuego de un protestantismo disidente, que hizo énfasis en la conciencia individual y en la responsabilidad de los individuos para aprender las verdades de Dios directamente de la Biblia, todo lo cual favoreció el compromiso con el individualismo, la igualdad y los derechos a la libertad de religión y de opinión.<sup>612</sup>

Jellinek, a la hora de explicar el origen de las ideas que nutrieron la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 sancionada en Francia, también señala la influencia directa que sobre la misma tuvieron las Constituciones de las 13 colonias norteamericanas, y especialmente la Declaración de Virginia de 1776, restándole fuerza a la que pudo haber tenido *El contrato social* de Rousseau.<sup>613</sup> No pudo haber sido esta obra la que inspiró la Declaración francesa, porque ésta le da importancia a los derechos del individuo, mientras que Rousseau, en aquella obra, sigue una línea exactamente opuesta, y enajena y somete todos los derechos del individuo a la voluntad general: para la doctrina del contrato social, todo lo que le corresponde al individuo en materia de derechos lo recibe de la voluntad general, la única que determina sus límites, y que no puede ser restringida por ninguna fuerza. Así, para Rousseau, la libertad civil consiste sencillamente en lo que le queda al individuo en la definición de sus deberes cívicos. Rousseau rechaza la concepción de un derecho originario que el hombre transfiere a la sociedad, y que se presenta como una limitación jurídica del soberano. Y, en ese orden de ideas, Jellinek recuerda que Rousseau ha declarado ciertos derechos de libertad, especialmente la libertad religiosa,<sup>614</sup> como directa-

<sup>612</sup> Eco, Humberto, “Definiciones lexicológicas”, ponencia presentada en el Foro Internacional sobre la Intolerancia, UNESCO, 27 de marzo de 1997, La Sorbonne, volcada en el volumen de la Academia Universal de las Culturas, *La Intolerancia*, Granica, Argentina, 2007, p. 15, sostiene la opinión contraria: el protestantismo, con su pretensión de hacer una interpretación literal de la Biblia, dio paso en el siglo XIX a un fundamentalismo occidental moderno, que tuvo por corolario el rechazo, en ocasiones intolerante, de toda interpretación alegórica y de todo enfoque de la enseñanza que cuestionara las Escrituras.

<sup>613</sup> Jellinek, Georg, *op. cit.*, p. 88.

<sup>614</sup> Rousseau, J. J., *El contrato social*, pasaje, IV, 8: “Quien no confiese la religión civil cuyos artículos hayan sido fijados por el soberano, puede ser proscrito”.

mente contrarios al Estado.<sup>615</sup> En cambio, la Declaración de Derechos francesa pretende trazar la línea de separación eterna entre el Estado y el individuo, línea que debe tener siempre el legislador ante su vista, como el límite que se le impone de una vez para todas por los derechos del hombre, naturales, inalienables y sagrados.<sup>616</sup>

En forma coincidente con lo que ya vimos anteriormente, Jellinek sostiene que quien sí ejerció alguna influencia en las colonias norteamericanas fue Blackstone, pues frente a las tentativas inglesas para limitar los derechos, surgió la idea de declararlos solemnemente y de defenderlos, una transformación que se verificó en el trabajo de James Otis, que publicó en 1764 en Boston, y que estaba acompañado como apéndice por una instrucción parlamentaria que transcribe parte del análisis de Blackstone. Allí se dijo que:

...podría llegar el momento en que el Parlamento inglés declarase nula y sin valor toda la Carta americana, pero entonces no se tocará a los derechos que corresponde a los colonos como hombres y ciudadanos, derechos que les son inherentes por naturaleza y, dada su cualidad, inseparables de sus personas. Las cartas pueden cambiar; esos derechos durarán hasta el fin del mundo.<sup>617</sup>

Afirma Jellinek que mientras la petición inglesa de derechos de 1688 era retrospectiva e histórica, la Declaración de Virginia,<sup>618</sup> por el contrario, venía directamente del corazón de la naturaleza, y proclamaba

<sup>615</sup> Jellinek, Georg, *op. cit.*, pp. 85 y 86. En el siglo XX, Ferrajoli, Luigi, en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 1998, p. 884, advirtió que tomar la teoría de la voluntad general como un criterio absoluto de legitimación de restricciones puede poner en peligro y sacrificar los derechos y los intereses sustanciales de los ciudadanos como individuos. Más adelante en esta tesis examinaremos más de cerca de este autor.

<sup>616</sup> Constitución del 3 de septiembre de 1791.

<sup>617</sup> Jellinek, Georg, *op. cit.*, pp. 131 y 132.

<sup>618</sup> Dos años antes, en 1774, el Congreso, en representación de doce colonias, había dictado la Declaración de Filadelfia, en la que se afirmó que los habitantes de las colonias norteamericanas tienen derechos que le corresponden en virtud del derecho inmutable de la naturaleza, de la Constitución inglesa y de sus propias Constituciones. Entre el documento de Filadelfia y el de Virginia había una diferencia fundamental: la primera era una declaración de protesta; la segunda, en la que desaparece toda invocación al derecho inglés, era una ley.

principios directivos para todos los pueblos en los tiempos futuros.<sup>619</sup> Los *Bills of Rights* norteamericanos quieren, no sólo plantear ciertos principios de la organización política, sino, ante todo, trazar la línea de demarcación entre el individuo y el Estado. Según sus declaraciones, el individuo no debe al Estado, sino a su condición de hombre y a su naturaleza los derechos que posee, derechos que son inalienables e inviolables. Las leyes inglesas ignoran todo eso.<sup>620</sup>

Por eso, las leyes inglesas del siglo XVII sólo hablan de los antiguos derechos y libertades, en los que no se mencionan los principales derechos fundamentales, como la libertad religiosa, el derecho de asociación, la libertad de prensa, la libertad de residencia. Incluso Locke estaba unido a las antiguas ideas inglesas, pues si bien sostuvo que la propiedad, que para él comprendía la vida y la libertad, era un derecho originario del individuo —el Estado es una asociación fundada para la protección de ese derecho—, no le asignaba al hombre derechos fundamentales estrictamente determinados, sino que señalaba límites que el Poder Legislativo debía observar que nacen del fin mismo del Estado.

Sólo Blackstone, fundándose en las doctrinas de Locke y en la Declaración de derechos inglesa, expuso su teoría de los derechos absolutos de la persona —los derechos de seguridad, libertad y propiedad son derechos absolutos de todo inglés— según las ideas del derecho subjetivo del individuo.<sup>621</sup> Estas ideas llegaron desde Inglaterra a los Estados Unidos.

Este espíritu liberal imperante en el ambiente norteamericano debe ser tenido en cuenta cuando se hace referencia a la libertad de pensamiento y de expresión, pues es la clave para leer esos artículos, que son muy distintos de los que aparecían en las declaraciones inglesas.<sup>622</sup>

<sup>619</sup> El autor francés Boutmy, en su conocida disputa con Jellinek, afirmó que la Declaración de Derechos de 1789 no proviene ni de Rousseau ni de Locke, ni de los *Bills of Rights* norteamericanos ni de la Declaración de Independencia, sino que fue el resultado de una causa indivisible: el gran movimiento de los espíritus del siglo XVIII en Europa.

<sup>620</sup> Estudio preliminar de Adolfo Posada a la obra de Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México, UNAM, 2003, p. 63.

<sup>621</sup> Jellinek, *op. cit.*, p. 112.

<sup>622</sup> “Algunos instrumentos ingleses como la Declaración de Derechos de 1689, el Habeas Corpus de 1679, la Petición de Derechos de 1627 y la Carta Magna parecen ser los precursores indiscutibles del Bill of Rights de Virginia. Ciertamente, el recuerdo de esas célebres leyes inglesas, consideradas por los americanos como una parte de sus derechos propios, ejerció un influjo importante en las declaraciones de derechos norteamericanas

Dice al respecto la Declaración de Derechos de Virginia, en su artículo XII: “La libertad de la prensa es uno de los grandes valuartes de la libertad, nunca podrá ser restringida sino por gobiernos despóticos”.<sup>623</sup> Y la Declaración de Derechos de Pennsylvania, también en el artículo XII, dijo: “El pueblo tiene el derecho de libertad de expresión, y de escribir y de publicar sus sentimientos”.<sup>624</sup>

Son esas ideas las que regresan a Francia de la mano del general La Fayette: a instancias del militar, en el texto constitucional de 1791 se incorpora como preámbulo la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. El artículo 4o. dice que “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de idénticos derechos. Esos límites sólo pueden ser determinados por la ley”. El artículo 10: “Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso las de orden religioso, con tal que de su manifestación no perturbe el orden público”. Y el artículo 11: “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre. Todo ciudadano puede hablar, escribir, imprimir libremente con la salvedad de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”.

Vale la pena hacer dos observaciones sobre ese articulado de la Declaración francesa: por un lado, del artículo 4 surge claramente que la libertad está concebida en términos muy amplios, y el límite es la agresión a la sociedad, no la agresión o el disgusto que se le cause a los funciona-

desde 1776. Sin embargo, hay un abismo entre las declaraciones americanas y las citadas leyes inglesas. La petición de Derechos inglesa del año 1688 era histórica y retrospectiva; la declaración de Virginia viene directamente del corazón de la naturaleza y proclama principios de gobierno para todos los tiempos futuros... Las leyes inglesas no contienen ningún derecho, como ya decía sir Edgard Coke, el gran jurisconsulto inglés, reconocía a principios del siglo XVII... Las declaraciones americanas, por el contrario, contienen reglas que están por encima del legislador ordinario y el juez vela por que el Poder Legislativo ordinario no infrinja los límites de la Constitución: aquel debe negarse a aplicar una ley si la creyese contraria a los derechos fundamentales. Las declaraciones de derechos se consideran aún hoy por los americanos como la garantía práctica para las minorías”. *Cfr.* Jellinek, *op. cit.*, p. 108.

<sup>623</sup> Virginia, XII: “That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments”.

<sup>624</sup> Penssylvania, XII: “The people have a right to freedom of speech, and of writing, and publishing their sentiments”.

rios; del artículo 11 surge que las opiniones tienen un límite en el orden público (no en la pretensión o inquietud de algún funcionario) y se sancionan los abusos (con posterioridad).

Vimos, hasta aquí, cómo surgió, primero, en el siglo XVII y en Inglaterra, la prohibición de censura previa, y cómo surgió en los siglos XVII y XVIII, en las colonias norteamericanas, en parte sobre la base de esas ideas y, también, sobre un clima local propicio, la protección de la primera enmienda:

- 1) En Inglaterra surgió la lucha contra la prohibición de censura previa, en un marco donde la libertad religiosa requería de la protección de la libertad de opinión. Analizamos, allí, la importancia de varios pensadores y la influencia de algunos de ellos —Milton, Locke y Blackstone— en las ideas norteamericanas.
- 2) En las colonias norteamericanas surgió un consenso liberal, necesario para la libertad religiosa, pero que también tenía connotaciones políticas y pactistas.
- 3) La valorización religiosa (protestante) y política del disenso, que se traducía en la necesidad de crear un espacio protegido para su expresión.
- 4) La puja entre federalistas y antifederalistas y entre ideas republicanas y demócratas y la influencia decisiva de algunos antifederalistas. Mientras los federalistas veían en la libertad del debate un campo necesario para discutir sobre la diversidad y mantener unido al país y, además, creían que la libertad de debate era esencial para la labor de los representantes entre sí y, también, para que los ciudadanos, gracias a su virtud política, se inmiscuyesen en cuestiones públicas, los antifederalistas, que veían en la libertad de expresión un derecho frente al poder, del que desconfiaban.
- 5) La aparición de las enmiendas, entre ellas la primera, como consecuencia de esa desconfianza.
- 6) Vimos, en definitiva, que estas ideas del credo norteamericano se nutrieron de la Ilustración, cuyos conceptos se hicieron populares entre la élite norteamericana a mediados del siglo XVIII, pero aquellas ideas hallaron un terreno fértil que ya venía siendo abonado por la cultura protestante norteamericana que se venía forjando desde hacía más de un siglo, fraguada a fuego de un protestantismo

disidente, que hizo énfasis en la conciencia individual y en la responsabilidad de los individuos para aprender las verdades de Dios directamente de la Biblia, todo lo cual favoreció el compromiso con el individualismo, la igualdad y los derechos a la libertad de religión y de opinión.

En este punto coincidimos con las tesis de Jellinek, y las expresadas mucho después por Huntington, las cuales son complementarias: las ideas de la Ilustración ejercieron influencia en América, pero el constitucionalismo liberal norteamericano se venía fraguando, desde hacía más de un siglo, al calor de las ideas religiosas del protestantismo. Y fueron las Constituciones norteamericanas de las colonias y la Declaración de Virginia de 1776 las que tuvieron más influencia que Rousseau sobre la Declaración de Derechos sancionada en Francia en 1789. Es decir, el origen de los derechos universales del hombre hay que buscarlos en las luchas que se dan primero en Inglaterra y, sobre todo, luego, en las colonias norteamericanas, para tan sólo luego pasar a Francia.<sup>625</sup>

Vemos, hasta aquí, cómo la libertad religiosa y la libertad de opinión tuvieron una relación muy estrecha: en Inglaterra, para defender la libertad de religión, los pensadores defendieron la libertad de expresión; en los Estados Unidos, la libertad de su religión, es decir, el protestantismo liberal, se imbricó mutuamente con el liberalismo político.<sup>626</sup>

### *7. La consagración del credo liberal en un momento constitucional*

Ese desarrollo explica la consagración de la libertad de expresión y de sus garantías en la Constitución. Desde el punto de vista de la filosofía política, si nos hacemos la pregunta acerca de por qué debemos aceptar que algunos derechos queden sustraídos a la voluntad de las mayorías parlamentarias para pasar a tener estatus constitucional y superlativo, Ackerman cuenta claramente con una respuesta: los derechos importan tanto porque ellos no son otra cosa que la síntesis última de aquellos acuerdos democráticos profundos. En efecto, los derechos aparecen como la expresión final de aquellos momentos constitucionales excepcio-

<sup>625</sup> También el constitucionalista mexicano Miguel Carbonell hace esa misma observación, en su estudio introductorio a la obra de Jellinek, Georg, *op. cit.*, p. 21.

<sup>626</sup> Huntington, Samuel P., *op. cit.*, p. 95.

nales en que la ciudadanía se pone de pie y deja constancia de cuáles son sus compromisos más importantes. Los derechos, en definitiva, son la expresión de un consenso extraordinario, la obra más importante de nuestra ingeniería democrática, la paradoja crucial del constitucionalismo, así, aparece disuelta: no hay tensión ni contradicción alguna entre derechos y democracia. Los derechos son, finalmente, el resultado de —y no algo ajeno a— la democracia (Gargarella).<sup>627</sup> En definitiva, son esos derechos y sus garantías los que le dan espacio al individuo y a la sociedad para que desarrollen su vida en democracia.

Desde este punto de vista, se puede afirmar que también en la Argentina la libertad de expresión fue un valor constante y superlativo en todos nuestros momentos constituyentes, y que se benefició con la incorporación de las dos primeras garantías, en la Constitución de 1853-1860 y, en el último momento constituyente, el de 1994, con una dosis superlativa a favor de la libertad de informar.

### 8. *Las primeras invocaciones del secreto periodístico*

En la época de la organización constitucional de los Estados Unidos, el periodismo de masas era tan sólo incipiente,<sup>628</sup> pero todas aquellas ideas y ese clima de libertad influyeron en el periodismo y en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos sobre la libertad de expresión.

<sup>627</sup> Gargarella, Roberto, “El constitucionalismo según John Rawls”, en Amor, Claudio (coord.), *Rawls post Rawls*, Universidad Nacional de Quilmas, Prometeo, 2006, p. 11.

<sup>628</sup> Durante la primera mitad del siglo XVIII se publicaron numerosos periódicos, pero eran de baja circulación y no llegaron al millar de ejemplares cada uno. Cuando se escribía la Declaración de la Independencia existían en las colonias 35 periódicos, rudimentariamente impresos. Pero en la mayoría de los casos esos periódicos tenían problemas para financiarse, porque la clase media urbana era floreciente, pero incipiente, y no habría un gran número de lectores. La fórmula de vender periódicos a bajo costo diario, en lugar de suscripciones anuales, fue encontrada por Benjamín H. Day, editor del *New York Sun*, en 1835 que inició la época del periodismo amarillo, y llegó a vender, en 1837, 30,000 ejemplares diarios. Por esos años surgió un fuerte competidor de Day, James Gordon Bennet, que fundó el *Herald de Nueva York*. La madurez del periodismo llegó con la guerra civil, cuando los periódicos advirtieron que su función era la de reunir, sintetizar e informar noticias, y alcanzó gran difusión a partir de la Primera Guerra Mundial. *Cfr.* De Fleur, Melvin L. y Ball-Rokeach, Sandra J., *Teorías de la comunicación de masas*, México, Paidós, 1988.

En ese ambiente donde nacían los periódicos como incipientes medios de comunicación de masas, los periodistas comienzan a invocar el secreto periodístico.

Ya se estudió, en el capítulo vinculado con los Estados Unidos, cuáles fueron las circunstancias históricas.

Uno de los primeros casos de los que se tiene registro se remonta a 1722, cuando el medio hermano de Benjamín Franklin fue llevado ante una comisión legislativa y fue conminado a revelar el nombre del autor de una nota publicada en su periódico y fue encarcelado. Pero mucho más importante fue el caso que tuvo lugar en 1734, cuando, en Nueva York, el periodista John Meter Zenger criticó en el *New York Weekly Journal* —considerado el primer diario independiente de los Estados Unidos— al gobernador colonial inglés William Cosby, quien gobernaba en forma autoritaria, con el respaldo de la familia Delancey, mientras que Zenger publicaba con el respaldo de la familia Morris. Zenger fue juzgado por libelo (difamación), y fue encarcelado durante nueve meses por negarse a revelar sus fuentes, aunque, finalmente, un tribunal por jurados lo absolvió. Este caso, vinculado con el secreto de las fuentes y, también, con la censura previa y el castigo del discurso sedicioso, tuvo un rol muy importante en el temprano pensamiento norteamericano sobre el trato que debía recibir el discurso crítico al gobierno,<sup>629</sup> y su victoria fue famosa en las colonias, a punto tal que pasó a formar parte de la cultura jurídica norteamericana, y la Constitución de Pennsylvania, de 1790, declaró que “no se aprobarán leyes que restrinjan la libertad el derecho” de toda persona a “examinar los procedimientos de la legislatura y de cualquier rama de gobierno”, y “cualquier ciudadano podrá libremente hablar, escribir e imprimir sobre cualquier materia, siendo responsable de los abusos de esa libertad”, así como también aceptó la prueba de la verdad.

Allí nació una confrontación entre la prensa y gobierno que se mantendría por años, y aún continúa plenamente vigente, como vimos en el capítulo relativo a los Estados Unidos.

<sup>629</sup> Smolla, Rodney, *Free Speech in an open society*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1992, p. 27.

## V. LA PRIMERA ENMIENDA Y LAS GARANTÍAS DE LA EXPRESIÓN

Dice la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos:

El Congreso no podrá hacer ninguna ley relativa al establecimiento de una religión, o para prohibir alguna; no podrá tampoco restringir la libertad de palabra o de la prensa, ni atacar el derecho que tiene el pueblo de reunirse pacíficamente y de dirigir peticiones al gobierno para obtener la rectificación de sus agravios.

Vimos que el surgimiento de la prohibición de censura está estrechamente unido a la defensa de la libertad de expresión, por lo cual es natural que se hayan incluido ambas libertades en la primera enmienda.

Pero el contenido de la primera enmienda, en rigor, no sólo protege la libertad de religión y de asociación, sino que, específicamente en materia de libertad de discurso, es más amplia que la prohibición de censura, pues incluye la protección contra otras conductas, según lo desarrolló la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana: por ejemplo, el gobierno no puede emplear medidas coercitivas para darle forma al contenido de las informaciones periodísticas; los ciudadanos privados no pueden ser penalizados por sostener opiniones políticas impopulares por criticar una política particular; la comunicación de un hecho o de una opinión política no puede ser prohibida solamente sobre la base de que la comunicación es falsa o provoca enojo; el gobierno no puede inquirir en los pensamientos privados o afiliaciones políticas de algún ciudadano, a menos que sea importante para la investigación de conductas antisociales; una persona no puede ser responsabilizada por conductas o acciones que desarrolla la asociación de que forma parte.<sup>630</sup>

Extraigamos, igualmente, las palabras de la primera enmienda vinculadas expresamente con la libertad de expresión:

“El Congreso... no podrá tampoco restringir la libertad de palabra o de prensa...”.

Sobre estas palabras, que sin duda son tomadas por la Constitución argentina en el artículo 32, hablaremos en este párrafo y en los siguientes.

<sup>630</sup> Blasi, Vincent, “The pathological perspective an the First Amendment”, 85 *Colum. L. Rev.*, p. 449, también en Garvey, John and Shauer, Frederick, *The First Amendment: a Reader*, 2a. ed., St. Paul, Minn., 1994, p. 209.

Decía Madison que el poder censor debe ejercerse por el pueblo sobre el gobierno y no por el gobierno sobre el pueblo,<sup>631</sup> pues sólo la libre discusión, amplia, desinhibida, en un mercado de ideas, garantiza al pueblo la posibilidad de acceder a la verdad y controlar a sus autoridades.

Veremos que la Corte Suprema dictó muchos fallos contra la censura previa.

En el caso *Lovell vs. Griffin*,<sup>632</sup> en 1938, la Corte Suprema de los Estados Unidos invalidó una norma que había prohibido la distribución de libros en la ciudad de Griffin, Georgia, sin la previa autorización de la autoridad administrativa. Sostuvo el alto tribunal que es lesivo para la libertad de prensa imponer una censura previa y un tipo de licencia, agregando que la libertad de circulación es esencial para esta libertad, que no está confinada a tutelar exclusivamente diarios y revistas.<sup>633</sup>

En 1939, la Corte, en el caso *Hague vs. CIO*,<sup>634</sup> adoptó la doctrina del foro público, por el cual los gobiernos, sin perder la atribución de establecer condiciones de tiempo y formas, están obligados a permitir la libre comunicación en las calles y lugares públicos, por más que los manifestantes y disidentes que expresan su opinión alteren la tranquilidad de los transeúntes y cualquiera que sea la ideología que ellos transmiten: “Independientemente de dónde estén los títulos de propiedad de calles y parques, desde tiempos inmemoriales se han mantenido en fideicomiso para el uso del público, y también desde tiempos inmemoriales se han utilizado con fines de reunión y comunicación entre los ciudadanos, y también para discutir asuntos públicos. Tal uso de las calles y los lugares públicos ha formado parte, desde los tiempos antiguos, de los privilegios, inmunidades, derechos y libertades de los ciudadanos”, dijo el alto tribunal. Un rasgo distintivo de la doctrina del foro público es que consagra un derecho de los oradores a acceder tanto a los lugares como a las personas, señala Sunstein,<sup>635</sup> sin perjuicio de que ese discurso pueda generar sanciones.

En el caso *Bates vs. State Bar of Arizona*, la Corte dijo que:

<sup>631</sup> Madison.

<sup>632</sup> 303 US. 444.

<sup>633</sup> Fallo citado por Badeni, Gregorio, *Tratado de la libertad de expresión*, Buenos Aires, Lexis-Nexis-Abeledo- Perrot, 2002, p. 242.

<sup>634</sup> 307 US. 496 (1939).

<sup>635</sup> Sunstein, Cass, *op. cit.*, p. 37.

la razón de la norma especial en los casos de la Primera Enmienda es evidente; una ley muy amplia puede servir para desalentar la palabra protegida. Los intereses de la Primera Enmienda son frágiles, y una persona que contempla la ejecución de una actividad protegida puede sentirse desalentada por el efecto del miedo a la ley. Ciertamente, tal vez esa persona prefiera no hablar, en vista de la incertidumbre que siente acerca de que su reclamo de privilegio prevalezca si se lo cuestiona.... el posible daño que se inflige a la sociedad si se permite que la palabra no protegida quede impune está más que compensado por la posibilidad de que se acalle la palabra protegida.<sup>636</sup>

En 1952, la Corte resolvió el caso *Burstyn vs. Wilson*, en el que sostuvo que “el Estado de Nueva York no podría impedir la exhibición de una película calificada de sacrílega, pues el cine, como medio para formar la opinión pública, está alcanzado por la protección de las Enmiendas I y XIV”.

En 1971, en el caso *New York Times vs. United States*,<sup>637</sup> la Corte se opuso a frenar la difusión de documentos concernientes a la guerra de Vietnam bajo el paraguas del argumento de la seguridad de Estado, para lo cual sostuvo que:

...en la Primera Enmienda, los Padres Fundadores le brindaron a la libertad de prensa toda la protección necesaria para el desarrollo de su rol esencial en nuestra democracia. La prensa está para servicio de los gobernados y no a los gobernantes. El poder del gobierno de censurar la prensa fue abolido para que ella pudiera permanecer libre de la presión gubernamental. La prensa fue protegida al punto de poder acceder a los secretos del gobierno e informar al pueblo. Solamente una prensa libre y sin restricciones puede efectivamente exponer el funcionamiento del gobierno.

La estrecha ligazón de lo religioso con lo político y la necesidad de preservar el más amplio campo de libertad de expresión sin censura puede verse en el fallo *Curtis Publishing, Co. vs. Burts*, donde se sostiene que:

...la libertad de palabra y prensa está incluida entre las garantías religiosas y la del derecho de petición en el texto de la Primera Enmienda, cuyos principios están dirigidos a los Estados por la Decimocuarta Enmienda.

<sup>636</sup> 433 US. 350 (1977).

<sup>637</sup> 403 US. 713 (1971).

Comparte la naturaleza de ambas, por ello es tanto una garantía para los individuos de su derecho a hacer sus pensamientos públicos y expresarlo en su comunidad, como una necesidad social requerida por el mantenimiento de nuestro sistema político y una sociedad abierta. Es a causa de la naturaleza de este derecho que hemos rechazado toda forma de previa restricción sobre la publicación... La difusión de opiniones individuales en materia de público interés es para nosotros, en las históricas palabras de la Declaración de la Independencia, un inalienable derecho que los gobiernos son instituidos entre los hombres para asegurar la libertad. La Historia nos muestra que los Padres Fundadores no siempre estuvieron convencidos de que una ilimitada discusión de las materias públicas fuese para beneficio de todos, pero ellos se adherieron firmemente a la tesis de que la verdadera libertad de prensa permitía a todo hombre hacer pública su opinión.<sup>638</sup>

En el caso *Cantwell vs. Connecticut* se afirmó que:

...para persuadir a otros sobre sus propios puntos de vista, el alegante, como sabemos, recurre, a veces, a la exageración y al vilipendio de hombres que han sido, o son, prominentes en la Iglesia o en el Estado, incluso a falsas exageraciones. Pero la gente de esta nación ha decidido a la luz de la historia que, a despecho de la probabilidad de excesos y abusos, estas libertades son esenciales para la iluminada opinión y justa conducta de parte de los ciudadanos de una democracia.<sup>639</sup>

En el caso *Whitney vs. California* se sostuvo que:

...los que consiguieron nuestra independencia creían que el fin del Estado era hacer libres a los hombres para desarrollar sus facultades, y que en su gobierno las fuerzas de la deliberación deberían prevalecer sobre las de la arbitrariedad. Valoraron la libertad como un fin y como un medio. Creyeron que la libertad era el secreto de la felicidad y el valor el secreto de la libertad. Creyeron que la libertad de pensar como quieres y de hablar como piensas constituyen los medios indispensables para descubrir y difundir la verdad política, que sin libertad de palabra y reunión la discusión sería inútil, que con ellas la discusión permite una adecuada protección contra la difusión de preocupantes noticias; que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que la discusión pública es un deber político y que esto debería constituir el principio fundamental del pueblo americano.

<sup>638</sup> 388 U.S. 87 Ct. 1875 (1967) *Curtis Publishing Co. vs. Butts*.

<sup>639</sup> *Cantwell vs. Connecticut* 310 U.S. 296, 310, 60 S Ct. 900, 906, 84 L. Ed., 1213.

Reconocieron los riesgos a los cuales toda institución humana está sujeta. Pero se dieron cuenta que el orden no puede ser asegurado meramente a través del temor al castigo; que es arriesgado desanimar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor genera represión; que la represión genera odio; que el odio amenaza el gobierno estable; que el camino de la seguridad se halla en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y los remedios propuestos; y que el conveniente remedio para los malos consejos, son los buenos. Creyendo en el poder de la razón aplicada a través de la dilución pública, renunciaron al silencio impuesto por la ley. Reconociendo la ocasión tiranía de los gobiernos mayoritarios, enmendaron la Constitución de tal manera que la libertad de palabra y de reunión debería ser garantizada.<sup>640</sup>

En el caso *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC*,<sup>641</sup> la Corte afirmó que “el discurso concerniente a asuntos públicos es más que autoexpresión, es la esencia del autogobierno”.

Sostuvo el juez Powell, en la causa *Gertz vs. Robert Welsch Inc.*, que “bajo la Primera Enmienda no existen falsas ideas. Por perniciosas que puedan parecer, para valorar su corrección no dependemos de la conciencia de los jueces y jurados, sino de su competición con otras ideas”.<sup>642</sup>

En el caso *Abrams vs. United States*, el justice Holmes sostuvo que:

...cuando los hombres comprueban cómo el tiempo ha podido invadir muchas creencias agresivas, entonces pueden llegar a creer incluso más profundamente de lo que creen que constituye la base de su propia conducta que el ansiado bien supremo se consigue de mejor manera en el mercado libre de ideas, que el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento tiene de ser aceptado en la competencia del mercado y que la verdad es el único fundamento sobre el que sus deseos pueden cumplirse. Esta es en cualquier caso la teoría de nuestra Constitución. Cada año, si no cada día, confiamos nuestra salvación en provisiones basadas en imperfecto conocimiento. En tanto que el experimento es parte de nuestro sistema, pienso que deberíamos estar eternamente vigilantes contra los intentos de controlar la expresión de las opiniones...<sup>643</sup>

<sup>640</sup> 274 US. 357 (1927).

<sup>641</sup> 395 US. 367 (1969).

<sup>642</sup> 418 US. 323 (1974).

<sup>643</sup> 250 US. 616 (1919).

Póngase el foco nuevamente sobre el caso *New York Times vs. Sullivan*. El juez Black se inclinó por la inmunidad absoluta de la prensa cuando dijo que la existencia de muchos juicios por difamación entablados por funcionarios contra el *Times* y Columbia Broadcasting System (CBS) por cifras millonarias, y remarcó que:

...esa técnica para hostigar y castigar a una prensa libre —demandar a los medios— no se limita a los casos con implicancias raciales, sino que puede usarse en otros campos donde los sentimientos públicos puedan convertir a los diarios locales o de otros estados en fácil presa de los buscadores de condena por difamación.

En su opinión, la Constitución

...ha tratado esta amenaza mortal contra la prensa de la única manera posible para no dejarla desamparada frente a la destrucción: concediendo a la prensa una inmunidad absoluta para las críticas acerca de cómo los funcionarios cumplen con sus deberes públicos. Las medidas parciales como las que adopta la mayoría son, a mi juicio, insuficientes.<sup>644</sup>

Llegamos así a la segunda conclusión parcial de este capítulo. A esta altura creo que es válida la pregunta: ¿cómo puede una democracia impedir que el poder sustraiga los hechos, la verdad, al conocimiento de los individuos —mayorías y minorías—: la respuesta es: la Constitución debe obstaculizar la ocultación de los hechos, la mentira, la censura, y favorecer ampliamente la circulación de información. Es tarea del constitucionalismo expresar ese problema y solucionarlo.

La jurisprudencia de la Corte norteamericana ha sido rica en fallos que prohibieron la censura previa y encontraron muchas razones para sostener esa prohibición. E, incluso, en el caso *New York Times vs. Sullivan* encontró motivos para ir más allá en esa protección: a la hora de aplicar las responsabilidades ulteriores, se admitió que los medios tienen un margen de error, y que si obraron de buena fe no son responsables. El sentido de esa doctrina es evitar, hacia el futuro, que la condena genere un efecto desalentador sobre la prensa. Ahora bien, si esto es así, también hay razones para sostener que, con igual finalidad, debe protegerse el secreto de la fuente, más allá del acierto o error de la información.

<sup>644</sup> 376 US. 274, voto en disidencia del *justice* Black.

En definitiva, en materia de libertad de prensa, estas razones permiten sostener argumentos que trascienden el debate que se da sobre republicanos y comunitarios, por un lado, y liberales, por el otro. O, por lo menos, que permiten encontrar justificaciones desde ambos lados.

Por un lado, vimos los ideales republicanos. Por el otro, una de las principales tendencias en las últimas década ha sido el debilitamiento de los rasgos deliberativos (republicanos) del diseño constitucional, a favor de un incremento del control popular, mediante elecciones primaras, iniciativas populares, referéndums, las estrategias de los grupos de interés para movilizar a los contribuyentes y la votación de la opinión pública —está claro que esto no garantiza juicios reflexivos, pero la tendencia es palpable—. <sup>645</sup>

Debemos admitir que hay más razones para inclinarse para sostener una libertad amplia, con algunos núcleos absolutos (no censura y amplia divulgación del secreto) que para sostener limitaciones. Si el constitucionalismo no establece como derechos inviolables del ciudadano las garantías para su bios (salud, casa, educación) y para su conocimiento (anticuerpos institucionales contra la mentira), puede acabar convirtiéndose en una ilusión de resolver problemas, sin resolverlos. <sup>646</sup>

## VI. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO PRESUPUESTO DE TODAS LAS CONCEPCIONES DE DEMOCRACIA

Habiendo llegado a este punto, vemos que la democracia se fue desarrollando bajo el impulso de la libertad de expresión y de prensa, a tal punto que existe entre esta libertad y la democracia una relación sustancial. Incluso, autores que encuentran razones para restringir esas libertades no pueden dejar de señalar la importancia capital que las mismas tienen a la hora de conformar la sociedad política.

### 1. *Bobbio*

Bobbio, como ya lo recordamos al comienzo de este capítulo, advierte que ninguna de las muchas definiciones que se dieron de democracia

<sup>645</sup> Sunstein, Cass, *op. cit.*, p. 47.

<sup>646</sup> Flores d'Arcais, Paolo, *El soberano y el disidente. La democracia tomada en serio*, Madrid, Montesinos, Ensayo, 2006, p. 47.

puede excluir la connotación de la visibilidad o transparencia del poder. En efecto, los constructores de los primeros regímenes democráticos se propusieron dar vida a una forma de gobierno en la que este núcleo duro de la parte más oculta del poder, el poder invisible, fuese destruido definitivamente,<sup>647</sup> aunque ese objetivo no se pueda lograr plenamente.

En busca de esa caracterización de la democracia, Bobbio se inclina por una definición mínima: régimen democrático es un conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados.<sup>648</sup>

Como vemos, la definición incluye la estrategia del compromiso entre las partes para la formación de la mayoría mediante el libre debate.

El autor señala que para una definición mínima de democracia como la que él adopta no basta ni la atribución del derecho de participar directa o indirectamente en la toma de decisiones colectivas para un número muy alto de ciudadanos ni la existencia de reglas procesales como la de mayoría. Es necesaria una tercera condición: es indispensable que aquellos que están llamados a decidir o a elegir a quienes deberán decidir se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una u otra. Con objeto de que se realice esta condición es necesario que a quienes deciden les sean garantizados los llamados derechos de libertad de opinión, de reunión, de asociación, etcétera, los derechos con base en los cuales nació el Estado liberal y se construyó la doctrina del Estado de derecho en sentido fuerte, es decir, del Estado que no sólo ejerce el poder *sub lege*, sino que lo ejerce dentro de los límites derivados del reconocimiento constitucional de los llamados derechos inviolables del individuo. Cualquiera que sea el fundamento filosófico de estos derechos, ellos son el supuesto necesario del correcto funcionamiento de los mismos mecanismos fundamentalmente procesales que caracterizan un régimen democrático. Las normas constitucionales que atribuyen esos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego.<sup>649</sup>

<sup>647</sup> Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 8.

<sup>648</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>649</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, p. 478. Bien apuntó Salazar Ugarte, Pedro, "Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría demo-

Bobbio sostiene que las reglas de la democracia, que él mismo llamó procedimientos universales, son seis: 1) todos los ciudadanos mayores deben disfrutar de plenos derechos políticos, incluido el de expresar su opinión y elegir a quien la exprese por él; 2) el voto de todos los ciudadanos debe tener el mismo peso; 3) todos los que disfrutan de los derechos políticos deben ser libres para poder votar según la propia opinión, formada lo más libremente posible en una competición libre entre grupos políticos organizados, en concurrencia entre ellos; 4) los ciudadanos deben ser libres también en el sentido de que deben ser puestos en la condición de elegir entre soluciones diversas; 5) tanto para las elecciones como para las decisiones colectivas deben valer la regla de la mayoría numérica; 6) ninguna decisión tomada por la mayoría debe limitar el derecho de la minoría, particularmente el derecho de convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones. Como se ve, estas cuatro primeras reglas y la sexta no se podrían realizar sin un amplísimo respeto de la libertad de expresión, sobre todo en su dimensión política. Por eso, en la obra de Bobbio, por cierto, se pueden encontrar algunos elementos que permiten acotar el alcance que habitualmente se le da a su definición de democracia como procedimental. En efecto, ciertas libertades, para Bobbio, adquieren una dimensión sustancial. Obsérvese que la quinta regla establece que las cuestiones deben quedar sujetas a la decisión de mayoría, con lo cual parece contradictorio con esa regla sostener que hay un principio de libertad de expresión que está excluido del alcance de la mayoría parlamentaria, que no lo puede alterar. Sin embargo, la existencia de ese principio condice con la sexta regla, porque la libertad de expresión está también establecida como un derecho que permite el debate, y que la minoría se convierta en mayoría. Por eso, los derechos de libertad pueden ser vistos también como derechos contra la mayoría.<sup>650</sup>

Dice el autor que estudiamos en estos párrafos, que la publicidad de los actos gubernamentales es importante no sólo, como se dice, para permitir al ciudadano conocer las acciones de quien detenta el poder y para controlarlas, sino también porque la publicidad es, en sí misma, un expediente que permite distinguir lo que es lícito de lo que es ilícito, pues si

crática de Luigi Ferrajoli”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *Garantismo*, Madrid, Trotta, 2005, p. 433, que cuando armamos las diferentes piezas de la democracia bobbiana, parece que la definición mínima, que pretende ser estrictamente formal, queda atrapada en la sustancia.

<sup>650</sup> *Idem*.

el gobierno publicara la acción injusta que querría realizar, el escándalo que provocaría su publicación le impediría realizarla. No en vano la teoría de los *arcana imperii* corre paralela a las teorías de la razón de Estado, por la cual le está permitido al Estado lo que no le está permitido a los ciudadanos privados, obrando el Estado en secreto para no producir escándalo.<sup>651</sup>

Por lo demás, aun cuando no puede presumirse que los actos de gobierno son ilícitos, hay que admitir que en la conformación actual de la democracia, que tiene en su seno una gran estructura democrática, los actos oficiales son necesariamente oscuros, opacos, pues escapan a la mirada del público.<sup>652</sup>

En esa visión, existe entre Estado liberal y Estado democrático una relación de interdependencia: por un lado, son necesarias ciertas libertades para el correcto ejercicio del poder democrático; por el otro, es indispensable el poder democrático para garantizar la existencia y persistencia de las libertades fundamentales. Por el contrario, es improbable que un Estado no liberal pueda asegurar un correcto funcionamiento de la democracia.

## 2. Dahl

En ese mismo sentido se pronuncia Dahl, ya que si bien este autor habla de democracia procedimental,<sup>653</sup> sostiene también que la democracia no es sólo procedimiento de gobierno, pues los derechos son elementos necesarios de las instituciones políticas y, en definitiva, la democracia es un sistema de derechos. Pero, más aún en abono de nuestro estudio, hay que hacer notar que Dahl no le da igual importancia a todos los derechos, pues cuando describe cuáles son las seis notas características de la democracia poliárquica —él llama a esas características como instituciones—,<sup>654</sup> destaca a la libertad de expresión, esencial para la participación efectiva, la comprensión ilustrada y la fijación de la agenda.

<sup>651</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 25.

<sup>652</sup> Dice Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 27, que en la democracia el poder fluye de la base al vértice, mientras que en una sociedad burocrática, por el contrario, se mueve del vértice a la base.

<sup>653</sup> Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós, 2002.

<sup>654</sup> Dahl, Robert, *La democracia, una guía para los ciudadanos*, Madrid, Taurus, 1999, p. 99.

Dahl dice que la libertad de expresión y la diversidad de fuentes de información son dos instituciones políticas básicas que debe reunir toda democracia:

...las mismas se requieren, en primer lugar, para que los ciudadanos puedan participar efectivamente en la vida política... adquirir una comprensión ilustrada de las acciones y políticas gubernamentales posibles también exige la libertad de expresión... Finalmente, sin libertad de expresión los ciudadanos enseguida acabarían perdiendo su capacidad de influir en la agenda de decisiones políticas.<sup>655</sup>

La democracia y sus instituciones fundamentales presuponen la existencia de ciertos derechos fundamentales, como la libertad de expresión y la libertad de prensa. Podemos calificar a los países como democráticos solamente porque, entre otras cosas, han preservado un alto nivel de protección de las libertades y derechos democráticos básicos.

Para ser plenamente democrático, un Estado debería ofrecer derechos, libertades y oportunidades para la participación efectiva, igualdad de voto, la posibilidad de adquirir una comprensión cabal de la política y sus consecuencias, y los medios a través de los cuales el cuerpo ciudadano pueda mantener un adecuado control sobre la agenda de las decisiones y políticas del gobierno. Por último, para ser plenamente democrático, un Estado debería asegurar que todos los residentes adultos permanentes bajo su jurisdicción, o en todo caso la mayoría, gocen de derechos de la ciudadanía.

En ese cuerpo de derechos, libertades y oportunidades fundamentales, Dahl enumera los derechos a: 1) votar en la elección de representantes en elecciones libres y transparentes; 2) la posibilidad de competir para un cargo electivo; 3) la libertad de expresión; 4) formar y participar en organizaciones políticas independientes (autonomía de asociarse); 5) tener acceso a fuentes independientes de información, y 6) tener los derechos a otras libertades y oportunidades que pueden ser necesarias para el funcionamiento efectivo de las instituciones políticas de una democracia de gran escala (ciudadanía inclusiva).<sup>656</sup>

<sup>655</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>656</sup> Dahl, Robert, *La democracia, una guía para los ciudadanos*, Buenos Aires, Taurus, 1999, p. 107. Años después, el autor mantiene esa visión en *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 145.

Como vemos, de esa enumeración de seis características, tres se refieren a la expresión, en forma directa o indirecta: la transparencia de las elecciones, la libertad de expresión misma y la libertad de acceso a fuentes independientes de información.

El primero de esos elementos, la participación efectiva, para ser tal requiere que todos los miembros de la comunidad tengan oportunidades iguales y efectivas para hacer que sus puntos de vista sobre asuntos políticos sean conocidos por los otros miembros del grupo. No hay duda de que este elemento está ligado con la difusión e intercambio de tal información. Dahl señala que los miembros deben estar dotados de una comprensión ilustrada, es decir, dentro de límites razonables en lo relativo al tiempo, todo miembro debe tener oportunidades iguales y efectivas para instruirse sobre las políticas alternativas relevantes y sus consecuencias posibles y para controlar la agenda (a través de sus representantes).<sup>657</sup>

Como afirma Dahl, los vínculos entre igualdad política y democracia, por un lado, y las oportunidades, libertades y derechos fundamentales, por el otro, están profundamente imbricados,<sup>658</sup> porque el principio de la igualdad política presupone la idea de que todos los miembros están igualmente bien clasificados para participar en las decisiones, siempre que tengan adecuadas oportunidades de instruirse sobre las cuestiones relativas a la asociación mediante la indagación, discusión y deliberación.<sup>659</sup>

Obviamente, como lo dice el propio autor, ningún gobierno, ni siquiera el más democrático, puede estar a la altura de tales pretensiones, es decir, satisfacerlas completamente. Pero la cuestión es que, a largo plazo, un proceso democrático tenderá a producir menos daño a los derechos e intereses de sus ciudadanos que cualquier alternativa no democrática. Precisamente, porque las democracias son mucho menos tiránicas que los gobiernos no democráticos, los ciudadanos democráticos apenas pueden permitirse ser complacientes. No podemos justificar razonablemente la comisión de un crimen menor porque otros cometan crímenes mayores. Incluso, cuando un país democrático, siguiendo procedimientos democráticos, crea una injusticia, el resultado sigue siendo una injusticia. El poder de la mayoría no se convierte en el derecho de la mayoría.

<sup>657</sup> Dahl, Robert, *La democracia, una guía para los ciudadanos*, Buenos Aires, Taurus, 1999, p. 48.

<sup>658</sup> Dahl, Robert, *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 146.

<sup>659</sup> Dahl, Robert, *op. cit.*, p. 50.

Es decir, este autor, por un lado, nos muestra el peso que tienen la libertad de expresión y otros factores relacionados con ella como elementos característicos de la democracia, y, por el otro, justifica ese análisis con el principio de la igualdad política. Esto es fundamental para este trabajo, pues dejar libres áreas al secreto es restarle campo al principio de la igualdad política: por eso, sostengo que debe favorecerse la plena difusión de datos y evitar toda política que desaliente la filtración de secretos, pues recortar la información disponible para los ciudadanos socava la comprensión ilustrada de esos ciudadanos y su poder de intercambio de ideas y de decisión política. Dahl explica las razones por las que la comunidad no tiene motivos para delegar el gobierno en expertos, que se suponen superiores a otros en conocimientos, pues ese criterio es el rival del gobierno democrático y conduce a la tutela política. Por muy sabios y dignos que sean los miembros de una elite gobernante, es posible que en unos pocos años acaben abusando del poder, convirtiéndose en déspotas, según lo demuestra la historia.<sup>660</sup> Yo le agregaría una variante más a ese razonamiento: si no hay motivo para delegar el poder en expertos, tampoco hay motivo para decir que hay información que debe ser reservada sólo al control del gobierno y excluida del conocimiento del pueblo. Se podrá argumentar que, excepcionalmente, los datos de información estratégica de inteligencia sí deben estar reservados a quienes ejercen el poder, pero se puede responder que su filtración, cuando ocurre a través de la prensa, más que justificar una investigación de la fuente pone en descubierto, de forma cabal, la incompetencia de quienes son los guardianes de esos datos para mantener en resguardo un secreto tan valioso. En definitiva, la culpa de la filtración no es del mensajero que hace conocer el dato, sino de quien, por su torpeza, no lo supo resguardar.

### 3. Ferrajoli

Ferrajoli, por su parte, es partidario de una dimensión sustancial de la democracia, que actúa sobre la propia democracia como tal, que no se agota en reglas procedimentales de formación de la voluntad popular propias del sistema representativo, puesto que la nueva dimensión tiene que materializarse en el contenido de los actos del Poder Legislativo.

<sup>660</sup> Dahl, Robert, *La democracia, una guía para los ciudadanos*, Madrid, Taurus, 1999, p. 86.

Así, el derecho es un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales.

El sistema de las normas sobre la producción de normas, habitualmente establecido en nuestros ordenamientos con rango constitucional, no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes, sino que incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al Poder Legislativo, excluyendo o imponiéndole determinados contenidos.

Todos los derechos fundamentales<sup>661</sup> —no sólo los sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones— equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho.<sup>662</sup>

En esa concepción, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es una igualdad en derechos, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos, a empezar por el derecho de propiedad: su universalidad, el

<sup>661</sup> El autor señala cuatro categorías de derechos fundamentales: los humanos, derechos primarios que concienten a todas las personas, entre los que está el de la libertad de expresar el pensamiento; públicos, derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos; derechos civiles y derechos políticos, que son derechos secundarios asignados a las personas que tienen capacidad de obrar, en el primer caso a todas las personas con capacidad de obrar y, en el caso de los derechos políticos, a los ciudadanos con capacidad de obrar. De allí se derivan cuatro tesis: 1) los derechos fundamentales corresponden a intereses de todos los sujetos, a diferencia de los derechos patrimoniales, que corresponden a algunos con exclusión de los otros; 2) los primeros son el parámetro de la igualdad jurídica, que se corresponde con la dimensión sustancial de la democracia, previa a la dimensión política o formal, fundada en los poderes de la mayoría; 3) gran parte de los derechos fundamentales actualmente tienen naturaleza supranacional, y se concede con independencia de la ciudadanía; 4) los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión), por lo cual se llaman garantías primarias a estas obligaciones y prohibiciones, y, garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 42 y 43.

<sup>662</sup> *Ibidem*, pp. 19-22.

hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, que son derechos *excludendi alios*, de los que un sujeto puede ser o no titular con exclusión de los demás; su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasivamente, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitan la esfera de lo decidible. Siendo así, la constitucionalización rígida de estos derechos sirve para injertar una dimensión sustancial no sólo en el derecho, sino también en la democracia. Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales, que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política se identifica con la esfera de lo decidible, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social.<sup>663</sup>

Desde esta perspectiva, la libertad de expresión es un derecho fundamental, una libertad negativa que el Estado no puede desconocer, una consagración de la Constitución rígida que no corresponde que el intérprete recorte.

#### 4. *Rawls*

Para que el consenso constitucional se transforme en un profundo y amplio consenso traslapado, es necesario que sus principios e ideales políticos estén fundamentados en una concepción política de la justicia, que utilice las ideas fundamentales de la sociedad y de la persona, según la teoría de la justicia como imparcialidad. Su amplitud va más allá de los principios políticos que instituyen los procedimientos democráticos, para incluir los principios que abarcan toda la estructura básica: de ahí que sus principios establezcan también ciertos derechos sustantivos, como la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento, así como la oportunidad equitativa y los principios que exigen la satisfacción de ciertas necesidades básicas.<sup>664</sup>

<sup>663</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>664</sup> Rawls, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 163.

Un consenso constitucional meramente político y de procedimiento resultará demasiado estrecho. Porque, a menos que un pueblo democrático esté suficientemente unificado y cohesionado, no promulgará la legislación necesaria que abarque todas las demás normas constitucionales esenciales ni habrá abarcado todos los asuntos de la justicia básica, y, por lo tanto, habrá conflictos al respecto. Debe haber una legislación fundamental que garantice la libertad de conciencia y la libertad de expresión del pensamiento en términos generales, y no sólo en cuanto discurso político.<sup>665</sup>

Rawls propone cinco principios básicos del constitucionalismo, de los cuales, en el cuarto, sostiene que la Constitución y sus declaraciones de derechos son los medios a través de los cuales la comunidad política establece, de una vez y para siempre, ciertos contenidos constitucionales esenciales.<sup>666</sup> Por ejemplo, la libertad de expresión y la igualdad de derechos políticos son algunos de esos contenidos que el pueblo, durante “momentos constitucionales” (el momento del constituyente), sustrae a la voluntad de las mayorías, para evitar que éstas, durante los momentos de “política normal”, no contradigan lo expresado por el pueblo.

El pensador, examinando los rasgos de la persona razonable, se refiere a que ellas aceptan las cargas del juicio, y afirma que como no existen evidencias sobre temas metafísicos, religiosos o éticos, no es de esperar que los desacuerdos sobre estas cuestiones puedan dirimirse a la luz de la razón. La persona razonable admite estas dificultades y encuentra sensato excluir estos tópicos cuando se discuten problemas concernientes a la justicia política.<sup>667</sup>

Es más, Rawls, en *Teoría de la justicia*, se plantea la posibilidad de que en un momento constitucional la ciudadanía defienda una enmienda a la Constitución que rechace la primera enmienda norteamericana —se refiere, en este punto, a la prohibición de establecer una religión estatal—. Y sobre ese punto sostiene que no sería suficiente otorgar validez a una enmienda el hecho de que la misma haya sido aprobada siguiendo los procedimientos constitucionales establecidos. Rawls examina primeramente enmiendas que pueden ser consideradas irreprochables, y sostiene

<sup>665</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>666</sup> *Idem*.

<sup>667</sup> Vidiella, Graciela, “Estabilidad y razón pública en liberalismo político”, en Amor, Claudio, *Rawls post Rawls*, Universidad Nacional de Quilmas, Prometeo, 2006, p. 109, con cita de Wenar, Leif, “Political Liberalism. An internal critique”, *Ethics*, vol. 108, 1995.

ne que las nuevas enmiendas pueden ser dirigidas a poner la Constitución más en línea con su promesa original o a adaptar las instituciones básicas de modo de eliminar debilidades que aparecen con los años. Sin embargo, si la enmienda en cuestión se dirige a reemplazar la ya vigente —como el caso de la primera enmienda— para poner en su lugar otra que le es diametralmente opuesta, esta última resultará inválida. Para Rawls, ciertos derechos, en efecto, están inextricablemente incorporados a la Constitución, en el sentido de encontrarse validados por una larga práctica histórica.<sup>668</sup>

Dice Rawls que uno de los rasgos característicos de las democracias modernas es el hecho del pluralismo, que no es una condición histórica pasajera, sino que se trata de un rasgo permanente de la cultura pública de la democracia.<sup>669</sup> Ese pluralismo, que se expresa en concepciones filosóficas, morales, religiosas, no es imaginable sin el presupuesto de la libertad de pensamiento y de información.<sup>670</sup>

No sostiene Rawls una visión absoluta de la libertad de expresión, pero está claro que le asigna a esta libertad un valor fundamental y, aun cuando no lo justifica adecuadamente, considera que no podría reformarse la primera enmienda.

### 5. *La libertad de información como nota característica*

A los efectos de este estudio no me parece tan importante intentar definir la democracia, como sistema sustancia o procedimental, sino adver-

<sup>668</sup> Gargarella, Roberto, “El constitucionalismo según John Rawls”, en Amor, Claudio, *op. cit.*, pp. 20 y 21. Una alteración de tales derechos inalienables se produce en momentos de quiebra constitucional.

<sup>669</sup> Rawls, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 36.

<sup>670</sup> Incluso, en *Teoría sobre la justicia*, Rawls sostiene una posición preferente para las libertades y, en particular, para la de pensamiento, pues dice que en la posición original la gente se adhiere a dos principios: el primer principio es que cada persona tiene un derecho igual e irrevocable a un esquema de libertades básicas iguales plenamente adecuado, que sea compatible con un esquema equivalente de libertades para todos: el segundo principio, que incluye una equitativa igualdad de oportunidades, y que las diferencias redunden en beneficio de los miembros más desfavorecidos de la sociedad (principio de la diferencia). El primer principio, que tiene relación con las libertades básicas, se adopta en una etapa constitucional, previa y superior a la etapa legislativa que recepta el principio de la diferencia.

tir que la libertad de expresión es una nota esencial y característica de la democracia, un rasgo esencial que define la existencia o inexistencia de una verdadera democracia.

Acertadamente Greppi afirma que sin la garantía de algunos derechos de carácter sustantivo, los procedimientos de la democracia formal no son capaces de legitimar los resultados del proceso político.<sup>671</sup>

Ese razonamiento se puede aplicar en particular a uno de los derechos: la libertad de expresión y de prensa o de información, como lo señalan en forma coincidente todos los estudios sobre la democracia: Bobbio ubica a la libertad de opinión política como precondition; Dahl, en su enumeración de seis características de la democracia, incluye la libertad de expresión, la transparencia de las elecciones y la libertad de acceso a fuentes independientes de información, a las que califica como instituciones de la democracia; Ferrajoli ubica a todos los derechos de libertad como uno de los límites sustanciales a los derechos políticos, y Rawls entiende que la libertad de expresión, tanto como la igualdad, son contenidos esenciales del constitucionalismo, incorporados de una vez y para siempre.

En suma, todas las teorías modernas de la democracia, incluso las que se proyectan más sobre el elemento procedimental,<sup>672</sup> suelen considerar indispensable para la democracia de los modernos la referencia a una serie de derechos (voto, asociación, expresión, hábeas corpus), cuya concesión y disfrute se consideran condiciones *sine qua non* para calificar a un sistema político de democrático. El liberalismo político supone que exis-

<sup>671</sup> Greppi, Andrea, “Democracia como valor, como ideal y como método”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *Garantismo*, Madrid, Trotta, 2005, p. 351.

<sup>672</sup> Pintore, Anna, “Derechos insaciables”, en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005, p. 248. La diferencia entre los autores radica en que algunos llaman a esos valores “contenidos”, mientras que otros los consideran “presupuestos” (también de contenido), que hacen que el método de decisión procedimental de la democracia sea, justamente, democrático. Sobre el catálogo de derechos que son considerados indispensables, a veces, se plantean algunos debates y discusiones. Por ejemplo, no se discute que la libertad de pensamiento y de expresión es un presupuesto necesario para el juego democrático, pero se debate que pueda incluir, también, las manifestaciones del pensamiento que son irrelevantes para los fines de la formación de las opiniones políticas, tales como las pornográficas o las artísticas. La discusión comenzó con Meiklejohn, A., *Free Speech and its Relation to Self-Government* (New York, Harper & Brothers, 1948), y continúa con Ely, John, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

ten muchas doctrinas comprensivas razonables y conflictivas, cada una con sus concepciones del bien. Allí donde existe una pluralidad de doctrinas razonables —y para Rawls el pluralismo es un hecho característico y no pasajero de la cultura democrática moderna— es irrazonable querer utilizar las sanciones del poder del Estado para corregir o para castigar a que los que no están de acuerdo con nosotros.<sup>673</sup>

Libertad de expresión y de prensa y pluralismo son valores que tienen un correlato especular en otro valor, la neutralidad del Estado. La neutralidad puede definirse en términos de los objetivos de las instituciones básicas y de la política pública respecto a las doctrinas comprensivas y las concepciones del bien asociadas: la neutralidad de objetivo, en oposición a la neutralidad de procedimiento, significa que esas instituciones y políticas son neutrales, en el sentido de que pueden suscribirlas los ciudadanos. Rawls, partiendo de la obra de Raz,<sup>674</sup> reseña tres concepciones de la neutralidad, que puede significar: a) que el Estado habrá de asegurar para todos los ciudadanos igualdad de oportunidades para promover cualquier concepción del bien que profesen libremente; Rawls corrige esa formulación y dice que es aceptable cualquier concepción “permisible”, es decir, las que respeten los principios de la justicia; b) que el Estado no hará nada que tenga como propósito favorecer o promover ninguna doctrina comprensiva particular ni dar mayor asistencia a quienes la profesan (este es el significado de neutralidad en el ensayo de Dworkin),<sup>675</sup> y c) que el Estado no hará nada que facilite la aceptación, por parte de los ciudadanos, de cualquier concepción política, más que cualquier otra, a menos que tenga que tomar medidas para cancelar, o para compensar, los efectos de políticas que hagan tal cosa.<sup>676</sup>

## VII. IDENTIDAD DE LA DEMOCRACIA

Pero eso, a esta altura podemos afirmar que la libertad de expresión, prensa e información, más que una simple nota, es una nota característica esencial de la identidad de la democracia.

<sup>673</sup> Rawls, John, *op. cit.*, p. 141.

<sup>674</sup> Raz, Joseph, *Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 114 y ss.

<sup>675</sup> Rawls, John, *op. cit.*, p. 188, con cita de Dworkin, Ronald, *Liberalism, A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

<sup>676</sup> Rawls, John, *op. cit.*, p. 187.

Los académicos tienen diversas respuestas sobre el concepto de identidad, pero todas ellas convergen hacia un tema central: la identidad es el sentimiento de yo de un individuo o de un grupo, como producto de la autoconciencia de que yo poseo cualidades diferenciadas como ente que me distinguen del ti y a nosotros de ello.<sup>677</sup>

Obviamente, partiendo de esa definición, el concepto de identidad es más apropiado cuando se aplica a una persona, a un grupo social o a una nación, para diferenciarlo de otra, antes que a un sistema de gobierno, como lo es la democracia. Pero parece absolutamente cierto que la democracia es el sentimiento de la comunidad de que sus integrantes, sean integrantes de una mayoría o de la minoría, pueden expresarse y participar en las decisiones de la comunidad, en pie de igualdad, y que no sufrirán ningún menoscabo de sus derechos, aun cuando disientan con las opiniones de la mayoría.

La libertad en estudio es el ADN de la democracia, de modo que sólo podremos sostener que en un país existe democracia cuando esa libertad esté normativa, fáctica y socialmente garantizada con la mayor amplitud posible.

Vimos que el reclamo por la libertad de opinión surgió en el siglo XVII, antes de la existencia de la democracia norteamericana; esta libertad pasó a formar parte del credo norteamericano, y la libertad de opinión tiene distintos grados en distintos países. Así, en la Argentina, quizá por las falencias y periodos oscuros que transitó nuestra historia, se entendió que la libertad de expresión es un valor esencial, y se decidió darle una especial protección, aún mayor que la que recibe en los Estados Unidos.

Así entendida, la libertad de expresión tiene relación directa —no inversa, sino directamente proporcional— con la democracia, el liberalismo constitucional (que no tiene que ver con los procedimientos para seleccionar gobiernos, sino más bien con los objetivos del régimen, como proteger la autonomía y dignidad del individuo frente a la coerción, cualquiera que sea su origen), la neutralidad del Estado y el pluralismo.

Dado el hecho del pluralismo razonable (que conduce a establecer un gobierno constitucional como *modus vivendi*), los principios liberales cumplen con los requisitos políticos urgentes para fijar, de una vez por

<sup>677</sup> Huntington, Samuel P., *¿Quiénes somos? Los desafíos de la identidad nacional estadounidense*, Buenos Aires, Paidós, 2004, p. 45.

todas, el contenido de ciertos derechos y libertades políticos básicos y les asignan especial prioridad. Hacer esto quita esas garantías de la agenda política y las coloca más allá del cálculo de los intereses sociales, con lo cual establece clara y firmemente las reglas de la contienda política. Negarse a quitar esas materias de la agenda política perpetúa las profundas divisiones latentes en la sociedad, revela una disposición a revivir aquellos antagonismos.<sup>678</sup>

#### VIII. UNA INTERPRETACIÓN EXPANSIVA, NO REGRESIVA

Sostiene Greppi acertadamente que una interpretación que restringe los derechos fundamentales es regresiva.

La universalidad que por definición se predica de las normas que expresan derechos hace que no pueda haber poder alguno —ni siquiera el de las mayorías— por encima de ellas, pues ellas tienen que obligar a todos. De la universalidad se desprende también —por mera derivación lógica— la tesis de la indisponibilidad e inderogabilidad de los derechos. Si es verdad que todos los poderes han de estar sometidos a normas universales, también lo es que ningún poder ha de tener la facultad disponer lícitamente de las normas a las que está sometido. La tesis de la indisponibilidad jurídica de los derechos confirma entonces la vocación de permanencia de los logros políticos de la democracia. La idea es que, en democracia, nadie está autorizado a tomar decisiones que supongan una merma para la democracia misma. Y ello no porque las normas fundamentales tengan su origen en una autoridad distinta a la voluntad popular, sino porque la especial protección reservada a las normas que los reconocen impide su abrogación, es decir, su des-constitucionalización. Como una consecuencia añadida: si no hay nadie que pueda actuar lícitamente en contra de los derechos, pero sí a favor de ellos, el sistema de normas sobre derechos fundamentales está destinado a entrar en una corriente de expansión progresiva, que irá reforzando el catálogo de sus contenidos y, por tanto, el valor total de la democracia... El logro de cotas siempre más altas de calidad democrática<sup>679</sup>... la lucha por los derechos es la vía más prometedora para avanzar en la lucha por la democracia, tanto en el plano inmediata-

<sup>678</sup> Rawls, John, *op. cit.*, p. 161.

<sup>679</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, p. 865, citado por Greppi, Andrea, “Democracia como valor, como ideal y como método”, trabajo publicado en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *Garantismo*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 347 y 348.

mente político como en el Plano supra político de la elaboración constitucional. En esta clave, una interpretación restrictiva de la normas que establecen límites a las mayorías es siempre regresiva, mientras que siempre es progresiva, dice Ferrajoli, toda interpretación extensiva de esos valores constitucionales.<sup>680</sup>

En ese mismo sentido, dice Smolla que una sociedad que toma la apertura y transparencia seriamente y como valores importantes debe desarrollar reglas que promuevan esa apertura, en orden a equilibrar la tendencia inherente del gobierno hacia el control, la censura y el secreto.<sup>681</sup>

Siendo esto así, y habiendo probado que la libertad de expresión adquiere un valor fundamental entre todos los derechos de la libertad, es particularmente aplicable la conclusión de que una interpretación restrictiva de ese derecho es inadmisibles, mientras que tan sólo es admisible una interpretación progresiva.

#### IX. CONCLUSIONES: HACIA LA TERCERA GARANTÍA

Si bien a lo largo de todas las épocas los hombres invocaron la posibilidad de expresarse, vemos que esa expresión, en varios momentos históricos determinados y bien precisos, fue rodeándose de ciertas garantías, las cuales fueron evolucionando y sumando distintos niveles de protección. Primero apareció la garantía contra la no censura previa; luego, la prohibición de legislar en materia de prensa y, finalmente, en un momento histórico determinado, el reclamo de protección de las fuentes de información periodística.

<sup>680</sup> Greppi, Andrea, "Democracia como valor, como ideal y como método", trabajo publicado en Carbonell, Miguel, y Salazar, *op. cit.*, p. 347.

<sup>681</sup> Smolla, Rodney, *Free Speech in an open society*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1992, p. 4.