

CAPÍTULO CUARTO

LA TRIBUNA, LA AUDIENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN	221
I. El acceso a la tribuna	222
1. La doctrina del foro público	224
2. El acceso al foro privado	246
3. El acceso a los medios de comunicación social	249
II. Los derechos de la audiencia	255
III. El acceso a la información	257
1. El acceso a información de interés público	257
2. El acceso a información de interés privado	258

CAPÍTULO CUARTO

LA TRIBUNA, LA AUDIENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

La libertad de expresión lleva consigo alguna libertad para escuchar.

Warren E. BURGER, siendo presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Sin duda, la principal obligación que tiene el Estado es la de respetar la libertad de expresión de cada ciudadano; pero, adicionalmente, también tiene el deber de garantizar el ejercicio de ese derecho, creando las condiciones apropiadas para que éste se pueda practicar con libertad. Durante mucho tiempo, en medio de un ambiente caracterizado por la censura y por la represión del pensamiento libre, el grueso del debate ha girado en torno a la obligación que tiene el Estado de respetar la libertad de expresión y su deber de no interferir con el ejercicio de la misma; de manera que éste es un aspecto que ya ha sido suficientemente elaborado por la doctrina y la jurisprudencia. Por el contrario, aunque la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que el Estado tiene una “obligación positiva” de asegurar el disfrute de los derechos individuales,⁵⁹⁴ la obligación asumida por el Estado en cuanto a garantizar y hacer posible el ejercicio de la libertad de expresión no ha recibido suficiente atención.

A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la primera enmienda a la Constitución de ese país protege el derecho de toda persona a alcanzar la mente de una audiencia dispuesta a escuchar, y por lo tanto también incluye la oportunidad de ganar su atención.⁵⁹⁵ De hecho, entre

⁵⁹⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Wilson & the National Union of Journalists, Palmer, Wyeth & the National of Rail, Maritime & Transport Workers, Doolan & others v. The United Kingdom, sentencia del 2 de julio de 2002, párrafo 48.

⁵⁹⁵ *Cfr.* Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77 (1949).

los elementos de la libertad de expresión, un aspecto de vital importancia es el relativo al foro o tribuna indispensable para que el orador pueda transmitir su mensaje; es precisamente en ese sentido que hay que definir las circunstancias en que la libertad de expresión implica, para el individuo, un derecho de acceso a un foro o tribuna y, correlativamente para el Estado, el deber de establecer una tribuna o foro público, accesible a todos los ciudadanos, en donde éstos puedan discutir y manifestar sus opiniones o sus ideas, o divulgar al público las informaciones que ellos estimen pertinentes. Lo anterior plantea la necesidad de examinar si la libertad de expresión implica el derecho del orador a que el Estado construya un *podium* desde el cual aquél pueda hacer uso de la palabra, o si supone solamente el derecho a tener una oportunidad razonable para hacerse oír desde una tribuna pública que sea accesible para todos.

En este orden de ideas, también se hace indispensable examinar si la libertad de expresión implica el derecho de acceso a una determinada audiencia, ya sea a través de un medio de comunicación público o privado, o garantizando el acceso a un ambiente cerrado, ya sea que éste forme parte de los bienes nacionales de uso público, o que sea propiedad de particulares.

Por una parte, hay que precisar en qué medida el Estado puede regular la actividad de aquellos que desean ejercer su libertad de expresión, o manifestar, en bienes nacionales, como en un parque público o en una calle, o en lo que es propiedad pública; por la otra, hay que determinar cuál es la competencia del Estado en cuanto se refiere a regular la actividad de quienes desean exponer sus puntos de vista en recintos privados; por ejemplo, llamando sin invitación a la puerta de los particulares para difundir un mensaje político o de otro tipo, o accediendo, con el mismo propósito, a sus direcciones de correo electrónico. Desde luego, el acceso al foro también tiene que ser visto desde el punto de vista de los derechos de la audiencia, o de quien busca información, y no solamente desde la perspectiva del autor del mensaje.

I. EL ACCESO A LA TRIBUNA

En pleno corazón de Londres, en un rincón del Hyde Park, el *speaker's corner* es un ejemplo de foro abierto al público para la difusión de ideas de todo tipo; pero, independientemente de la leyenda que lo acom-

paña y de las características que le son propias, dicho espacio abierto al público no puede ser visto como una exótica excepción que justifica la regla opuesta. En todo caso, la existencia de un derecho de acceso a una tribuna pública, proporcionada por el Estado, es un argumento que se hace sentir, en su forma más extrema, cuando no existe tal foro público, y cuando la utilización de los lugares comunes, como las calles, las plazas o los parques, no está permitida para la difusión y discusión de ideas de toda índole, o cuando su uso se encuentra sujeto a permisos o licencias que debe otorgar previamente la autoridad.

Hace ya más de un siglo, en su sentencia en el caso *Davis v. Massachusetts*, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que la autoridad del Estado para excluir a sus ciudadanos del uso de los espacios comunes, necesariamente incluía la atribución más limitada de regular y definir las condiciones para el uso de esos espacios;⁵⁹⁶ en consecuencia, inicialmente se descartó que la libertad de expresión incluyera el derecho de acceso a una tribuna pública. Pero no pasó demasiado tiempo antes de que ese mismo tribunal comenzara a desarrollar una tesis diferente.

Según Owen M. Fiss, con los nuevos problemas que plantea la libertad de expresión se nos está invitando a reconsiderar la naturaleza del Estado moderno, y a examinar el papel que a éste le corresponde en la protección de las libertades públicas. Porque, mientras en los debates del pasado se asumía que el Estado era el enemigo natural de la libertad, debiendo ponerle límites para impedir que se silenciara al individuo, actualmente, frente a la concentración del poder en manos de grupos privados, el Estado también puede ser un aliado de la libertad de expresión, que permita contrarrestar las fuerzas que la constriñen.⁵⁹⁷ En este sentido, particularmente en lo que se refiere a garantizar el acceso a la tribuna, al Estado le corresponde un papel primordial. Como ya se ha señalado, según la Corte Suprema de los Estados Unidos, la garantía constitucional de la libertad de expresión incluye el derecho de toda persona a tener acceso a la mente de una audiencia dispuesta, y a tener la oportunidad de ganar su atención.⁵⁹⁸ Pero lo anterior no significa que el resto de los ciudadanos debamos convertirnos en una audiencia cautiva de quien desea transmitir su mensaje; en una calle o una plaza, cualquier

⁵⁹⁶ Cfr. *Davis v. Com. of Massachusetts*, 167 U.S. 43 (1897).

⁵⁹⁷ Cfr. Fiss, Owen M., *The Irony of Free Speech*, Londres, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 2.

⁵⁹⁸ Cfr. *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77 (1949).

persona puede negarse a recibir el mensaje que se le ofrece y seguir caminando, pero no puede alegar la existencia de un derecho a que las demás personas no se le aproximen, o a que no puedan tratar de ganar su atención.⁵⁹⁹

No obstante el carácter absoluto de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, la Corte Suprema de ese país ha sostenido que estaría firmemente establecido que el Estado no está obligado a permitir todo tipo de expresión en los espacios de su propiedad o en los que estén bajo su control; de manera que donde el Estado actúa como propietario o gerente, su conducta no está sujeta al mismo tipo de riguroso examen que supone su conducta como legislador.⁶⁰⁰ Pero, al poner en la balanza el interés gubernamental en limitar el uso de su propiedad en contra del interés de aquellos que desean utilizarla para actividades expresivas, el citado tribunal ha identificado tres tipos de foros: a) los bienes públicos que tradicionalmente han servido como foro público, b) los bienes públicos diseñados por el Estado expresamente con el propósito de servir de foro público, y c) la propiedad pública que no constituye foro público.⁶⁰¹ Si bien estos tres espacios presentan diferencias importantes, que no han pasado desapercibidas para el citado tribunal y que serán objeto de comentarios posteriores, todos ellos tienen como rasgo común el estar situados en propiedad pública; aunque resulte tautológico, este último es un elemento central en la doctrina del foro público.

1. *La doctrina del foro público*

A partir de su decisión en *Davis v. Massachusetts*, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha aceptado el uso de distintos espacios públicos para fines de expresión, aunque ésta no haya sido la función primordial para la que fueron concebidos. Como lo señaló la Corte en su sentencia en *Grayned v. City of Rockford*, la cuestión decisiva es la forma en que la expresión puede ser incompatible con la actividad normal de una determinada propiedad pública en un momento determinado.⁶⁰²

⁵⁹⁹ *Cfr.*, en este sentido, *Schaumburg v. Citizens for a Better Environment*, 444 U.S. 620 (1980).

⁶⁰⁰ *Cfr.*, en este sentido, *International Society for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992).

⁶⁰¹ *Cfr.* *Airport Commissioners v. Jews for Jesus, Inc.*, 482 U.S. 569 (1987).

⁶⁰² *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972).

Sin embargo, fue Harry Kalven quien, en 1965, como resultado de la acción de grupos que desde fines del siglo XIX reclamaban un derecho de acceso a las plazas, calles, parques y otros sitios públicos para difundir y discutir sus ideas, describió estos lugares como “foro público”, y señaló que la generosidad y empatía con que tales facilidades estaban disponibles para el ciudadano era un índice de libertad.⁶⁰³ A partir de ese momento, en los Estados Unidos, la doctrina del foro público ha sido ampliamente debatida, dando origen a una abundante jurisprudencia de los tribunales y a una igualmente copiosa literatura jurídica.⁶⁰⁴

A. *Las bases teóricas*

La doctrina del foro público tiene, como propósito principal, proporcionar, a quienes carecen de acceso a medios más sofisticados, una tribuna que le brinde la oportunidad de comunicar sus ideas, informaciones o sentimientos. En cuanto componente de la libertad de expresión, la designación de un determinado espacio de propiedad pública como foro público no sólo garantiza el acceso del público a ese espacio, sino que impide al Estado regular el contenido de la expresiones o ideas que allí se puedan comunicar.

Sin duda, el acceso a un foro público tiene especial relevancia para la manifestación de las ideas políticas y para la protesta en contra de la autoridad. Pero el ejercicio de la libertad religiosa, en cuanto manifestación de la libertad de expresión, también puede plantear la necesidad de acceso a un foro público. En efecto, teniendo en cuenta que la diseminación de opiniones o doctrinas religiosas forma parte de la libertad de expresión, debe observarse que la práctica de una determinada religión puede

⁶⁰³ Cfr. *The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana*, 1965 Sup. Ct. Rev. 1, citado por Barron y Dienes, en *First Amendment Law*, 2a. ed., West Group, St. Paul, Minn., 2000, p. 206.

⁶⁰⁴ Véase, en particular, Freund, Paul *et al.*, *Constitutional Law: Cases and Other Problems*, 4a. ed., Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1977, pp. 1175 y ss.; Gunther, Gerald, *Constitutional Law: Cases and Materials*, 9a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1975, pp. 1142 y ss.; Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, pp. 986 y ss., y Barron, Jerome A y Dienes, C. Thomas, *First Amendment Law*, 2a. ed., St. Paul, Minn., West Group, 2000, pp. 205 y ss.

requerir que sus miembros concurren a lugares públicos para transmitir su mensaje o distribuir algún tipo de literatura.⁶⁰⁵

Respecto a esta materia, Archibald Cox ha expresado que “el concepto parece asumir que hay algunos lugares en los cuales la expresión no puede ser limitada —en realidad, que debe proporcionarse un foro adecuado a los probables oradores—, siempre que el orador no interfiera con otros usos públicos. Como mínimo, implica una presunción de que cualquier restricción que recaiga sobre la expresión en el foro público es injustificada”.⁶⁰⁶ Al comentar la jurisprudencia de los tribunales, Cox sostiene que los esfuerzos realizados para derivar de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, relativa a la libertad de expresión, un derecho de acceso a lugares de propiedad del Estado, no generalmente disponibles para diversas formas de expresión pública, no han tenido éxito; sin embargo, agrega que, “incluso si el Estado no tiene, teóricamente, el deber de proporcionar tribunas para las manifestaciones y discusiones públicas, la garantía de la primera enmienda sí se extiende a los lugares abiertos al público con un rigor no aplicable a otros lugares”.⁶⁰⁷

La respuesta a este problema requiere diseñar un mecanismo que permita reconciliar el derecho a expresarse de los posibles oradores u otras personas interesadas en la comunicación y difusión de sus ideas u opiniones, y el interés que pueden tener aquellas personas que normalmente utilizan las calles, plazas, parques u otros sitios públicos, en disfrutar pacíficamente de tales lugares dándoles el uso que originalmente se tuvo en mente, que normalmente es indiferente a la difusión y comunicación de ideas, y que podría poner especial énfasis en el orden, la tranquilidad y la limpieza de los mismos. En esos espacios, la libertad de expresión compete con la libertad para moverse en forma rápida y expedita a través de las calles y avenidas, o con el silencio y la tranquilidad que se espera disfrutar en los parques. Después de todo, las calles existen primordialmente para que los peatones y los vehículos puedan desplazarse a través de ellas, y el propósito fundamental de las plazas y parques es servir de lugares para el descanso y la recreación. Respecto de otros espacios que son propiedad del Estado, en los cuales éste actúa como propietario para

⁶⁰⁵ *Cfr.*, en este sentido, *Heffron v. Int'l Soc. for Krishna Consc.*, 452 U.S. 640 (1981).

⁶⁰⁶ *Op. cit.*, p. 56.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 58.

regular el uso y operación de los mismos, pero no en su capacidad soberana ejerciendo la función legislativa o regulatoria, asumiendo que el Estado no tiene que permitir todo tipo de expresiones en la propiedad que controla, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que dicha actividad no está sujeta al estricto control a que puede estar sometida su actividad legislativa.⁶⁰⁸ En lo que se refiere a una feria anual, organizada por una corporación de derecho público —la Sociedad Agrícola de Minnesota—, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que el espacio en el que ésta se desarrolla es un “foro público limitado”, cuyo propósito es proporcionar el medio para que un grupo numeroso de personas o instituciones expongan temporalmente sus productos o sus opiniones a un amplio grupo de personas, en una forma eficiente; en opinión de la Corte, hay diferencias notables entre una calle (el foro público por excelencia) y el espacio de una feria; porque, mientras la primera está permanentemente abierta, y con frecuencia no está congestionada, la feria es un acontecimiento temporal en el que el flujo de una multitud de personas requiere medidas de seguridad más estrictas.⁶⁰⁹ En todo caso, debe observarse que la jurisprudencia del citado tribunal refleja que las restricciones a la libertad de expresión que el Estado busca imponer en el uso de su propiedad —cualquiera que sea el objeto de la misma— han sido evaluadas precisamente a partir de la doctrina del foro público.

Las teorías que intentan sugerir una respuesta a este problema han sido adecuadamente resumidas por Gerald Gunther, indicando que:

una concepción amplia en cuanto al foro público argumentaría que el gobierno debe permitir acceso a alguna forma de propiedad pública; que el gobierno tiene una obligación afirmativa de hacer disponibles para la discusión de las ideas algunos lugares públicos; que el acceso a tales lugares como calles y parques es de especial importancia, pudiendo ser descrito como “la imprenta del hombre pobre”, para aquellos que no pue-

⁶⁰⁸ *Cfr.* *United States v. Kokinda*, 497 U.S. 720 (1990). También, *International Soc. for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992).

⁶⁰⁹ *Cfr.* *Heffron v. Int’l Soc. for Krishna Consc.*, 452 U.S. 640 (1981). Por el contrario, los jueces Brennan, Marshall y Stevens, consideran que, por definición, una feria es una multitud de buhoneros, vendedores de artefactos y servicios, pregoneros y proveedores de ideas comerciales, estética e intelectuales; en consecuencia, una feria es el lugar natural y apropiado para la diseminación de informaciones y opiniones. *Cfr.* su opinión, parcialmente concurrente y parcialmente disidente, en *Heffron v. Int’l Soc. for Krishna Consc.*, 452 U.S. 640 (1981).

den pagar el recurrir a otros medios de comunicación, o que no pueden llegar de manera efectiva a una audiencia a través de medios alternativos. Una teoría más restrictiva del foro público, limitaría la obligación del gobierno a proporcionar acceso igualitario a los lugares públicos; reconocería aspectos de la Primera Enmienda en los problemas del foro público, pero limitaría su examen sólo hasta asegurarse que el gobierno no está usando su poder sobre los lugares públicos para controlar el contenido del discurso y discriminar entre las distintas ideas en competencia. En resumen, el tema de la “garantía de acceso”, en sentido amplio, surge cuando (las autoridades de) una ciudad deciden que nadie puede utilizar las calles o parques para reuniones públicas; por el contrario, la concepción más restringida, de “acceso igualitario”, concentraría su análisis en situaciones en que (las autoridades de) una ciudad permiten a algunos grupos, pero no a otros, utilizar la propiedad pública para reuniones.⁶¹⁰

Las consecuencias que derivan del desarrollo de estas dos teorías sugieren que, de acuerdo con una concepción limitada de lo que implica el foro público, se puede sostener la legitimidad de una prohibición de utilizar los lugares públicos basada en consideraciones de lugar, oportunidad o modo de transmitir el mensaje, siempre que tales restricciones no se apliquen de manera discriminatoria y tengan el efecto de coartar la discusión de determinado tipo de opiniones o ideas; por el contrario, la concepción amplia del foro público garantizaría un acceso ilimitado a los sitios que sean propiedad del Estado y que puedan ser utilizados como tales, rechazando cualquier interferencia estatal con el derecho a expresarse en tales sitios.

Procurando reconciliar un acceso mínimo a las calles y parques con los otros usos para los que esos sitios han sido concebidos, Harry Kalven admite que el Estado tiene derecho a regular el acceso a los mismos para fines expresivos; en su opinión, en una sociedad democrática, las calles, los parques y otros lugares públicos constituyen un importante medio para la discusión pública y el proceso político; ellos son un foro público del cual el ciudadano puede disponer, pero sujeto a ciertas reglas de orden.⁶¹¹ En este sentido, en el caso *Hague v. C.I.O.*, el Juez Roberts, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, señaló que “el privilegio para usar de las calles y parques para comunicar opiniones sobre cuestiones nacio-

⁶¹⁰ *Op. cit.*, p. 1145.

⁶¹¹ *Cfr. The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana*, 1965. Sup. Ct. Rev. 1, citado por Gunther, *op. cit.*, p. 1147.

nales puede estar regulado en interés de todos;... pero no puede ser coartado o negado con el pretexto de una reglamentación”.⁶¹²

En todo caso, aun cuando la doctrina del “foro público” no pueda asegurar el acceso a todo sitio público, sí requiere un acceso mínimo e igualitario a ciertos lugares públicos. Si bien el Estado puede regular la utilización de tales sitios por el público, ya sea sometiénola a licencias o permisos, ello debe hacerse sin interferir con el contenido de la expresión, y teniendo en cuenta sólo consideraciones de lugar, oportunidad o modo del discurso.⁶¹³ Con las salvedades previamente señaladas, la libertad de expresión sugiere que todos tienen libre acceso a los sitios públicos que puedan servir como tribuna desde la cual puedan transmitir —o recibir— informaciones u opiniones. Pero, aunque esta garantía supone una igualdad formal de todos los ciudadanos en cuanto se refiere al acceso al foro que les permita exponer y divulgar públicamente sus quejas, denuncias, opiniones, ideas o creencias, la práctica sugiere que, en realidad, el acceso a los medios adecuados para la difusión del pensamiento es algo más complejo de lo que normalmente se piensa.

Sin examinar los problemas que plantea la doctrina del foro público, y sin definirlo como tal, la Corte Europea de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta materia en el caso de la revista *Der Igel (El Erizo)*, una revista de tono satírico y crítica de la vida militar, publicada por una asociación privada. Los editores de dicha revista habían solicitado que ésta se distribuyera en los cuarteles, con cargo al presupuesto del ejército, en la misma forma que se hacía con otras dos revistas militares no oficiales, publicadas por asociaciones privadas. Las autoridades militares no respondieron a esta solicitud, y, cuando el ministro de defensa fue interrogado en el Parlamento sobre el particular, señaló que en las instalaciones militares las únicas publicaciones que podían proporcionarse (con cargo al Estado) eran aquellas que, por lo menos en alguna medida, se identificaban con los deberes constitucionales del ejército, no dañaban su reputación, y en sus columnas no le concedían espacio a los partidos políticos. Adicionalmente, una vez que este asunto fue llevado ante el tribunal europeo, el gobierno austriaco alegó que el Estado, como propietario de los cuarteles, tenía los mismos derechos que el

⁶¹² *Hague v. C. I. O.*, 307 U.S. 496 (1939).

⁶¹³ En todo caso, el control del acceso al foro no puede ser utilizado para discriminar en función del contenido del discurso.

Código Civil le confiere a cualquier propietario y que, en particular, tenía derecho a decidir libremente la naturaleza de los servicios que debían proporcionarse dentro de sus instalaciones, incluyendo el derecho a seleccionar a los proveedores de tales servicios, sin tener que dar ninguna explicación por esa selección.⁶¹⁴ Según la Corte Europea, la práctica de las autoridades militares de asumir la distribución regular, a expensas del Estado, de varias publicaciones periódicas de asociaciones privadas, enviándolas junto con sus publicaciones oficiales, debía influir en el nivel de información impartido a los miembros de las fuerzas armadas, y, por lo tanto, comprometía la responsabilidad del Estado; la Corte observó que solamente a la revista *Der Igel* se le negó el acceso a este tipo de distribución, y consideró que dicha medida constituía una interferencia con el ejercicio del derecho a impartir informaciones e ideas. Si bien el Estado simplemente se había negado a permitir que el ejército prestara su asistencia (incluso financiera) en la distribución de esta revista, aunque no se había impedido a sus editores ponerla a disposición de los soldados, los cuales no tenían restricciones para recibirla en el correo y leerla en los cuarteles, el tribunal europeo señaló que indudablemente esta medida reducía considerablemente las posibilidades de alcanzar con esa publicación un mayor número de lectores entre el personal militar, por lo que sólo podía estar justificada por necesidades imperiosas. A juicio de la Corte, a pesar del tono frecuentemente polémico de la revista, no había evidencia de que ésta hubiera traspasado los límites en el contexto de una mera discusión de ideas, que en opinión del tribunal debe ser tolerado en el ejército de un Estado democrático, del mismo modo como debe serlo en el seno de la sociedad a la cual ese ejército sirve.⁶¹⁵ Por el contrario, en su opinión parcialmente disidente, los jueces Matscher y Bernhardt señalaron que el artículo 10 de la Convención Europea protege la libertad de expresión, pero no garantiza el derecho a que cualquier publicación sea distribuida por las autoridades del Estado; porque, a juicio de los jueces antes citados, la distribución de la revista en cuestión habría sido equivalente a que el Estado se identificara, por lo menos implícitamente, con el contenido de la revista, lo cual no se podía esperar de las autoridades militares; además, ellos consideraron que no había violación

⁶¹⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, 23 de noviembre de 1994, párrafos 7, 8 y 25.

⁶¹⁵ *Ibidem*, párrafos 27, 35, 37 y 38.

de la libertad de expresión, pues los soldados interesados en leerla tenían la opción de suscribirse a ella o de comprarla cuando salían del cuartel, y la empresa editora podía enviársela libre de cargo, ya sea a sus direcciones particulares o al cuartel.⁶¹⁶

En el desarrollo de esta doctrina, que se esboza con particular precisión en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Perry Ed. Assn. v. Perry Local Educators' Assn.*, la Corte ha distinguido entre los lugares públicos que tradicionalmente han servido para la reunión y la manifestación de ideas, la propiedad pública que ha sido especialmente designada para servir fines expresivos, pero cuyo acceso puede estar limitado a ciertos grupos (tales como estudiantes o artistas), o que puede estar restringido a la discusión de sólo cierto tipo de temas (como la cartelera de un colegio, o una sala de conciertos), y otras propiedades públicas. En opinión del citado tribunal, la existencia de un derecho de acceso a propiedad pública, así como las reglas según las cuales tal derecho debe ser evaluado, difieren dependiendo del carácter de la propiedad de que se trate.⁶¹⁷

a. El foro público tradicional

Como consecuencia de la tesis que sostiene que hay ciertos espacios que sirven de foro público, ya sea porque han sido diseñados para ese efecto o porque tradicionalmente se les ha dado ese uso, desde hace más de medio siglo la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sugerido que el Estado tiene que justificar, de acuerdo con criterios muy estrictos, toda restricción relativa al uso con fines expresivos de cualquier espacio que tradicionalmente haya servido de foro público.⁶¹⁸ En esa misma sentencia, el juez Owen J. Roberts señaló que, independientemente de quien pueda tener un título de propiedad respecto de las calles y parques, desde tiempos inmemoriales unas y otros han sido parte de un fideicomiso para el uso del público, y han sido utilizados para reunirse, comunicar ideas entre los ciudadanos, y para discutir asuntos públicos; de manera que el uso de las calles y lugares públicos ha sido, desde hace mucho tiempo, parte de los privilegios, inmunidades, derechos y libertades de los ciuda-

⁶¹⁶ *Ibidem*, opinión parcialmente disidente.

⁶¹⁷ *Cfr.* *Perry Ed. Assn. v. Perry Local Educators' Assn.*, 460 U.S. 37 (1983).

⁶¹⁸ *Cfr.* *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939).

danos.⁶¹⁹ A tales sitios, con algunas vacilaciones, podría agregarse la terminal de una estación de trenes, o de un aeropuerto. En estos espacios, que son la esencia del foro público, el Estado puede regular el ejercicio de la libertad de expresión, pero no puede prohibir toda actividad comunicativa.

Lo que es de la esencia del foro público es que, por definición, todos tienen derecho de acceso al mismo; por consiguiente, para restringir su acceso a una categoría de personas, o a la discusión de un tema único, o a la manifestación de un solo punto de vista, el Estado debe demostrar la existencia de razones muy poderosas; pero el Estado no puede escoger ni el orador ni el tema de discusión.⁶²⁰

b. El foro público especialmente designado

Una segunda categoría de tribunas está conformada por la propiedad pública que el Estado ha abierto para el uso público precisamente con fines de expresión. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, si bien el Estado no está en la obligación de crear tales espacios generalmente abiertos al público, o a mantenerlos en forma indefinida, mientras ellos existan, se rigen por las mismas reglas aplicables a los espacios caracterizados como foro público tradicional y, por lo tanto, el Estado no puede impedir el acceso a los mismos a determinadas categorías de personas.⁶²¹

Pero el Estado puede crear un foro público con un propósito limitado, ya sea para el uso exclusivo de ciertos grupos (como los estudiantes, o los artistas), o para la discusión de ciertos temas; a título ilustrativo, puede mencionarse una universidad estatal, un teatro, una sala de conciertos, o una sala de conferencias. Respetando el pluralismo inherente a una sociedad democrática, el carácter de esa tribuna define la naturaleza de los mensajes que allí se pueden difundir.

c. El acceso a otras propiedades públicas

El solo hecho de que un espacio público esté previsto para comunicar ideas o informaciones no lo hace un foro público. A juicio de la Corte

⁶¹⁹ *Cfr.* su opinión concurrente en *Hague v. C. I. O.*, 307 U.S. 496 (1939).

⁶²⁰ *Cfr.* *Perry Ed. Assn. v. Perry Local Educators' Assn.*, 460 U.S. 37 (1983).

⁶²¹ *Idem.*

Suprema de los Estados Unidos, una propiedad pública que no es, ni por tradición ni por designación, un espacio abierto al público para la comunicación de ideas y opiniones, está gobernada por reglas diferentes a las que rigen las categorías anteriores; en opinión de ese alto tribunal, la garantía constitucional de la libertad de expresión no confiere acceso a una propiedad simplemente porque pertenece al Estado, o porque es controlada por el Estado.⁶²² Del mismo modo que un propietario particular, el Estado tiene competencia para preservar el uso al que legalmente fue dedicada la propiedad bajo su control.⁶²³ Cuando la propiedad pública no está destinada a la comunicación libre y abierta, el Estado puede, sin mayor justificación, restringir su uso a quienes participan en los asuntos oficiales de ese foro.⁶²⁴ Según este tribunal, además de la posibilidad de regular la oportunidad, el lugar, o la manera de transmitir el mensaje en tales espacios, el Estado puede reservar ese foro para los propósitos originalmente previstos, ya sean éstos de naturaleza comunicativa o de otro tipo, siempre que tales regulaciones de la libertad de expresión sean razonables, y no constituyan un esfuerzo para suprimirla simplemente porque el agente del Estado se opone al punto de vista del orador.⁶²⁵

A esta categoría pertenecen, por ejemplo, un hospital, una biblioteca, un recinto militar, una prisión, una escuela, la sala de un tribunal, e incluso —tal vez— la sala de sesiones del parlamento. Asimismo, según la Corte Suprema de los Estados Unidos, también forman parte de esta categoría las facilidades de correo de una escuela pública, que no están abiertas al público en general, que pueden estar reservadas para sus asuntos oficiales, y cuya función es facilitar a los profesores las comunicaciones internas en relación con esos asuntos. En opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el hecho de que estas facilidades estén abiertas, en forma selectiva, a algunas organizaciones externas, no convierte la propiedad pública en foro público.⁶²⁶ En el mismo sentido, en el espacio previsto para publicidad comercial en los vehículos de transporte público la Corte ha sostenido que no se requiere aceptar propaganda política.⁶²⁷

⁶²² *Idem.*

⁶²³ *Cfr.* *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39 (1966).

⁶²⁴ *Cfr.* *Perry Ed. Assn. v. Perry Local Educators' Assn.*, 460 U.S. 37 (1983).

⁶²⁵ *Idem.*

⁶²⁶ *Idem.*

⁶²⁷ *Cfr.* *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974).

Este tipo de propiedad pública ha sido caracterizada como un foro no público. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la noción de foro no público está implícito el derecho del Estado a hacer distinciones en cuanto a quienes pueden acceder al mismo, teniendo en cuenta el tema a tratar y la identidad del autor del mensaje; estas distinciones, que pueden ser inadmisibles en un foro público, son inevitables en el proceso de limitar el foro no público a las actividades que sean compatibles con el propósito al cual está destinada esa propiedad pública. La única condición es que esas condiciones sean razonables, a la luz del propósito al cual ese foro sirve.⁶²⁸

Este aspecto de la libertad de expresión tampoco ha sido ajeno a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que, al considerar las expresiones proferidas por un miembro del concejo municipal de Viena en el recinto del mismo, manifestó que, en lo que se refiere al interés público en proteger la libertad de expresión, dichas expresiones tuvieron lugar en un recinto comparable al Parlamento, y que en una democracia el Parlamento o las instituciones comparables a éste son el foro esencial para el debate político; por lo tanto, cualquier interferencia con la libertad de expresión ejercida en esos recintos debe estar sustentada en razones muy poderosas.⁶²⁹ Pero de dicha sentencia no resulta evidente si tal conclusión es válida solamente respecto de quien es miembro de ese órgano deliberante, o si también se extiende a cualquier otra persona.

B. Las condiciones de acceso al foro público

La distinción entre lo que tradicionalmente ha servido como foro público, los espacios expresamente designados para servir como foro público, o aquellos que definitivamente no pueden considerarse como tales, tiene una importancia decisiva para los efectos de determinar el tipo de restricciones aplicables en cada una de esas tres situaciones, y la naturaleza del análisis que se deberá realizar en cada caso.

Ciertamente, la regulación de la libertad de expresión en propiedad estatal que tradicionalmente ha estado disponible para el ejercicio de acti-

⁶²⁸ *Cfr.* Perry Ed. Assn. v. Perry Local Educators' Assn., 460 U.S. 37 (1983).

⁶²⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Case of Jerusalem v. Austria, sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 40.

vidades expresivas, o cuyo propósito principal es el libre intercambio de ideas, tiene que ser vista con desconfianza y debe ser objeto de un examen muy riguroso; en principio, para que regulaciones de esa naturaleza sean compatibles con la libertad de expresión deben estar concebidas de manera muy precisa, con el propósito de proteger un interés público fundamental. La segunda categoría de propiedad pública a que hemos hecho referencia comprende los espacios especialmente designados como foro público, abiertos para actividades expresivas ya sea en forma irrestricta o con un carácter limitado, para uso de todo el público o sólo de parte de éste; la regulación de la actividad expresiva en tales espacios está sometida a las mismas consideraciones que rigen en lo que constituye el foro público tradicional, teniendo en cuenta el propósito de esa tribuna. Por último, las restricciones a la libertad de expresión en el resto de la propiedad pública estarían sujetas a un examen menos estricto que en los casos anteriores, bastando con que dichas restricciones sean razonables y no constituyan un esfuerzo para impedir que se transmita un mensaje con el que se está en desacuerdo,⁶³⁰ pero es importante subrayar que —a juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos— no es indispensable que dicha restricción sea la única medida razonable, ni tampoco que sea la más razonable,⁶³¹ sino que, simplemente, sea razonable, teniendo en cuenta todas las circunstancias y el propósito al que está destinado ese espacio público. En todo caso, es importante subrayar que el hecho de que un espacio público no esté abierto para la discusión y el debate no significa que allí el Estado pueda restringir la libertad de expresión en la forma que le plazca; porque, incluso cuando el Estado actúa en su capacidad de simple propietario, no disfruta de absoluta libertad para restringir el ejercicio de la libertad de expresión.⁶³²

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que los lugares públicos históricamente asociados con el ejercicio de actividades expresivas, tales como las calles, aceras y parques, son considerados, sin más, como el arquetipo del “foro público”, abierto para la reunión y para el debate, y ha sostenido que en tales sitios la competencia gubernamental para restringir la conducta expresiva es muy limitada, reduciéndose a la

⁶³⁰ *Cfr.* International Soc. for Krishna Consciousness v. Lee, 505 U.S. 672 (1992).

⁶³¹ *Cfr.* United States v. Kokinda, 497 U.S. 720 (1990).

⁶³² *Cfr.*, en este sentido, la opinión concurrente de la juez O'Connor, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en International Soc. for Krishna Consciousness v. Lee, 505 U.S. 672 (1992).

capacidad para establecer regulaciones sobre el “lugar, la oportunidad o la forma” elegida para comunicar el mensaje, a condición de que ellas sean neutrales en cuanto al contenido del mismo, y que dejen abiertos amplios canales alternativos de comunicación,⁶³³ según la Corte, las aceras están entre aquellas áreas de propiedad pública que tradicionalmente han estado abiertas al público para actividades expresivas y que, sin mayor discusión, pueden considerarse como foro público.⁶³⁴ Pero ninguno de aquellos que defienden la tesis de una amplia garantía de acceso sostienen que ella resultaría extensiva a todo tipo de propiedad pública y que ella estaría disponible en todo momento. De hecho, algunos lugares públicos —tales como la galería del Congreso cuando éste se encuentra en sesiones, o la sala de un tribunal en el momento en que se está juzgando un caso— resultarían completamente inadecuados para su uso como foros públicos por quienes son ajenos a esas instituciones, justificando la exclusión de acceso indiscriminado a tales sitios.⁶³⁵ En igual sentido, en *Greer v. Spock* se sostuvo que aunque ciertos sitios de una base militar estén abiertos al público, a la luz de la incuestionable autoridad del comandante de la base para excluir de la misma a los civiles, ésta no constituye un foro público, y que una regulación que somete a aprobación previa del comandante de la base la distribución de literatura es razonable si con ella se pretende evitar lo que se percibe como un peligro para la disciplina o la moral militar de las tropas bajo su comando.⁶³⁶ Asimismo, se ha rechazado que la terminal de un aeropuerto tenga como propósito principal el libre intercambio de ideas, incluyendo la distribución de literatura religiosa o de otro tipo, o la solicitud de contribuciones financieras, con fines religiosos o de otro tipo; porque un espacio que sea de propiedad del Estado no se convierte en foro público por la sola circunstancia de que el acceso del público no se encuentre restringido.⁶³⁷ Por consiguiente, cuando la propiedad estatal no está dedicada a la comunicación abierta, el Estado puede restringir el uso de la misma a los fines precisos para los cuales ha sido destinada.⁶³⁸

⁶³³ *Cfr.* *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983).

⁶³⁴ *Ibidem*. Sin embargo, el tribunal recuerda que en el caso *Greer v. Spock* las calles y las aceras estaban localizadas dentro de una base militar, que por lo mismo no puede considerarse un foro abierto al público. *Cfr.* *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828 (1976).

⁶³⁵ *Cfr.* Gunther, Gerald, *op. cit.*, p. 1146.

⁶³⁶ *Cfr.* *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828 (1976).

⁶³⁷ *Cfr.* *International Society for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992).

⁶³⁸ *Cfr.* *Perry Ed. Assn. v. Perry Local Educators' Assn.*, 460 U.S. 37 (1983).

Por otra parte, en la medida en que el Estado, al igual que cualquier otro propietario, tiene derecho a preservar la propiedad bajo su control para el uso al que ha sido legalmente destinada, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que un foro público no se crea por mera inacción, o por el simple hecho de que se permita visitarlo a los miembros del público.⁶³⁹ Este punto de vista permite definir no solamente lo que se entiende por foro público tradicional, sino también lo que se entiende por foro público especialmente designado.

Sin embargo, el criterio expuesto por la Corte, que distingue entre la función reguladora del Estado y su condición de propietario de un determinado espacio, ha sido rechazado por cuatro de sus nueve jueces —los jueces Kennedy, Blackmun, Stevens y Souter—, quienes consideran que la doctrina del foro público fue enunciada para proteger la libertad de expresión y no para conferirle al Estado autoridad para restringirla en forma casi ilimitada en su propiedad, mediante el simple recurso de señalarle a ese espacio un propósito no relacionado con la expresión; el propósito de esta doctrina sería dar efecto al amplio mandato de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de proteger la expresión de toda interferencia estatal.⁶⁴⁰ Además, en opinión de los jueces antes citados, la tesis del tribunal tendría el efecto de impedir el desarrollo de nuevos foros públicos sin la improbable aprobación estatal.⁶⁴¹ En su opinión, los sitios públicos son, por su propia naturaleza, el lugar para la discusión de los asuntos públicos, al igual que para la protesta en contra de la acción arbitraria del Estado. La comparación de la autoridad ejercida por el Estado en cuanto propietario no es pertinente porque el Estado está sujeto a limitaciones —como las que derivan de la garantía de la libertad de expresión— que no son aplicables a los particulares. En opinión de los jueces Kennedy, Blackmun, Stevens y Souter, la noción de que los foros públicos tradicionales son espacios, propiedad del Estado, que tienen la discusión pública como su propósito principal, es la ficción más dudosa que se pueda imaginar; en realidad, el propósito principal de las calles y las aceras que —junto con los parques— se ha dicho que son los foros públicos por excelencia, es facilitar el desplazamiento

⁶³⁹ Cfr. en este sentido, *International Society for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992).

⁶⁴⁰ Cfr. su opinión concurrente en *International Soc. for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992).

⁶⁴¹ Cfr. *idem*.

de las personas y no la discusión pública. De manera que este no puede ser el elemento central para identificar el foro público; lo que estaría latente en la doctrina del foro público es la idea de que los espacios abiertos al público y apropiados para el intercambio de ideas pueden ser foros públicos, independientemente de sus antecedentes históricos, y sin necesidad de recurrir a una clasificación precisa de la propiedad. Por lo tanto, si las características del espacio en cuestión, junto con el acceso público y los usos para los que ha sido permitido por el Estado, indican que la actividad expresiva sería apropiada y compatible con tales usos, dicho espacio es un foro público. En este sentido, los jueces antes mencionados consideran que en la actualidad, la terminal de un aeropuerto es un foro público, porque es uno de los pocos espacios de propiedad estatal donde muchas personas pueden tener amplio contacto con otros miembros del público, y que, teniendo en cuenta que los espacios privados de características similares no están sujetos a las garantías de no interferencia por parte del Estado, es crucial conservarlos como áreas en las que la expresión está protegida. De modo que, para determinar si estamos en presencia de un foro público, lo que habría que definir es si el Estado ha permitido o consentido un amplio acceso de parte del público al espacio de que se trata, y si la actividad expresiva es apropiada y compatible con los usos que han sido contemplados por las autoridades del Estado; pero incluso la posibilidad de algunas incompatibilidades entre la actividad expresiva y el uso para el que se ha destinado ese espacio no debería impedir que se le considere como un foro público si esas incompatibilidades pueden ser superadas a través de una reglamentación apropiada. No se objeta que en ciertos espacios el Estado pueda restringir la libertad de expresión a fin de mantener el propósito para el cual dicho espacio ha sido designado, ni tampoco se cuestiona que el Estado pueda cambiar el uso principal de ese espacio. En realidad, la doctrina del foro público tampoco impediría que el Estado cerrara un parque, lo vendiera o clausurara una calle; pero mientras ese espacio sea un foro público protegido, el Estado no tendría autoridad para controlar el contenido de la expresión o de las actividades expresivas que allí se desarrollen. Los jueces antes citados reconocen que a veces el ejercicio de la libertad de expresión puede ser inconveniente, pero señalan que eso no exonera al Estado de su obligación de tolerarla; sin embargo, ellos recuerdan que incluso en un foro público el Estado puede imponer restricciones razonables, relativas al lugar, la oportunidad o la manera de transmitir el mensaje, siempre

que dichas restricciones estén justificadas, sin hacer referencia al contenido de la expresión que se regula, que estén estrictamente definidas para servir un interés público importante, y que dejen abiertos amplios canales alternativos para comunicar esa información.⁶⁴² En consecuencia, en un momento determinado, la forma en que se comunique el mensaje puede ser incompatible con la actividad normal de un determinado espacio, y, por lo tanto, esa forma de expresión puede ser objeto de regulación, pero no el mensaje mismo.

La Corte Suprema de los Estados Unidos sistemáticamente ha rechazado la tesis de que quien desee comunicar un mensaje tiene el derecho constitucional de hacerlo en el momento, en el lugar y de la forma que le plazca.⁶⁴³ Según el referido tribunal, la propiedad pública no llega a ser un foro público simplemente porque a los miembros del público les esté permitido ir y venir a voluntad; si bien la circunstancia de que dicho lugar normalmente esté abierto al público es un factor digno de considerar, no es concluyente para determinar si dicho sitio está abierto con propósitos de comunicación. En ciertas circunstancias, el gobierno puede restringir el acceso a propiedad pública a quienes tengan legítimos asuntos que tratar en esas instalaciones; el gobierno, tanto como cualquier particular, tiene el derecho de preservar la propiedad bajo su control para el uso al que ésta ha sido legalmente destinada.⁶⁴⁴ En este sentido, en un caso en que se afirmó la legitimidad de una regulación que impedía el acceso a una base militar para una protesta antibelicista, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó que los cuarteles militares constituyeran un foro público, tradicionalmente dedicado a la expresión de ideas.⁶⁴⁵ Asimismo, en lo que concierne a las instalaciones de la misma Corte Suprema de los Estados Unidos, este tribunal sostuvo que aunque dichas instalaciones eran propiedad pública, tradicionalmente no habían estado abiertas al público para actividades expresivas, y, por consiguiente, no podían considerarse un foro público.⁶⁴⁶ Sin embargo, en una opinión concurrente y parcialmente disidente, en este mismo caso, el juez Marshall observó que los visitantes de la Corte no pierden su derecho a expresarse en el borde de la acera que circunda ese tribunal, del mismo modo

⁶⁴² *Idem.*

⁶⁴³ *Cfr.* *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39 (1966).

⁶⁴⁴ *Cfr.* *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983).

⁶⁴⁵ *Cfr.* *United States v. Albertini*, 472 U.S. 675 (1985).

⁶⁴⁶ *Cfr.* *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983).

que los estudiantes o profesores tampoco pierden su derecho a expresarse a la entrada del colegio; cuando un ciudadano se encuentra en un lugar en el que tiene derecho a estar, no se le puede negar la oportunidad de expresar sus opiniones simplemente porque el gobierno ha elegido no designar ese sitio como un foro para la discusión pública.⁶⁴⁷ Marshall cita en su respaldo la opinión de la misma Corte en su sentencia en el caso *Jamison v. Texas*, en el sentido de que ese derecho descansa en el principio según el cual una persona que se encuentra en una calle abierta al público lleva consigo, tanto allí como a cualquier otro sitio, el derecho constitucional de expresar sus opiniones en una forma adecuada.⁶⁴⁸ En su opinión, todo ciudadano que se encuentre legalmente en un sitio público tiene la libertad de expresarse pacífica y ordenadamente, de una manera que no sea incompatible con la actividad primaria a la que se ha destinado el sitio en cuestión; lo decisivo es si la forma de expresarse es básicamente incompatible con la actividad normal de un lugar en un momento determinado, pues ninguna persona pierde su libertad de expresión en ese sitio simplemente porque pueda ejercerla en algún otro lugar.⁶⁴⁹

Ya sea que se esté en presencia de un foro público tradicional (una calle, una plaza, o un parque), o de un foro público designado precisamente para ese efecto por el Estado, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que la garantía de la libertad de expresión tiene allí su más alto nivel, y que

en estos foros públicos por excelencia, el gobierno no puede prohibir toda actividad comunicativa. Para que el Estado pueda aplicar restricciones basadas en el contenido del mensaje, debe demostrar que esa regulación es necesaria para servir un interés estatal apremiante y que está estrictamente diseñada para alcanzar ese fin... El Estado también puede aplicar restricciones relativas a la oportunidad del mensaje, el lugar en que se difunda, o la forma que asuma, que sean neutrales en cuanto al contenido del mensaje, estén estrictamente diseñadas para servir un interés estatal de envergadura, y dejen abiertos amplios canales de comunicación alternativos.⁶⁵⁰

En consecuencia, en aquellos casos en que se acepta la tesis del derecho de acceso al foro, se reconoce que tal garantía debe estar moderada

647 *Idem.*

648 *Idem.*

649 *Idem.*

650 *Cfr. Perry Ed. Assn. v. Perry Local Educators' Assn.*, 460 U.S. 37 (1983).

por consideraciones de lugar, oportunidad y modo del discurso, con el propósito de preservar el destino que se le ha dado a las instalaciones de que se trate, o para mantener un cierto equilibrio entre los derechos del orador y los intereses de terceros. El Estado puede regular el acceso al foro público, siempre que tales regulaciones sean razonables, y siempre que no constituyan un esfuerzo para suprimir un mensaje simplemente porque las autoridades estatales se oponen al mismo.⁶⁵¹ Una restricción de acceso al foro público sólo se justifica en presencia de un interés público que legítimamente pueda imponerse sobre la libertad de expresión. En un caso en que se objetaba la constitucionalidad de una regulación que prohibía, *inter alia*, desplegar en las instalaciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, incluyendo la acera circundante de la misma, cualquier bandera, lienzo o aparato diseñado para atraer la atención sobre cualquier partido, organización o movimiento, no obstante haber suficientes espacios alternativos que hacían de ésta una restricción que tenía un impacto mínimo sobre la actividad expresiva, la misma Corte consideró que la prohibición absoluta de la actividad comunicativa en las aceras alrededor de la Corte no estaba justificada como una razonable restricción del lugar, principalmente porque no había un nexo suficiente con los intereses públicos que la regulación buscaba proteger y que le servían de fundamento.⁶⁵²

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha observado que ya no se puede dudar que el Estado tiene un interés fundamental en proteger a sus ciudadanos del ruido indeseado, y que este interés es tal vez mayor cuando lo que se busca es proteger el bienestar, la tranquilidad y la privacidad del hogar; según este alto tribunal, el Estado puede actuar para proteger a las personas del ruido excesivo incluso en foros públicos tradicionales, como las calles y los parques.⁶⁵³ En consecuencia, a juicio de la Corte, incluso en un foro público el Estado puede imponer restricciones razonables sobre el momento, el lugar o la manera de comunicar el discurso protegido, siempre que tales restricciones no apunten al contenido del discurso, que ellas estén precisamente definidas para servir a

⁶⁵¹ *Cfr.* *Airport Commissioners v. Jews for Jesus, Inc.*, 482 U.S. 569 (1987).

⁶⁵² *Cfr.* *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983). De acuerdo con el texto de la ley, y según sus antecedentes históricos, los propósitos de la normativa eran brindar protección al edificio y los terrenos del tribunal, a las personas que se encontrarán en sus instalaciones, y mantener el orden y decoro.

⁶⁵³ *Cfr.* *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

un interés público importante, y que dejen abiertos amplios canales alternativos para comunicar esa misma información.⁶⁵⁴ De estos tres elementos, el más importante es, sin duda, el que se refiere al carácter neutral de la regulación en cuanto al contenido del mensaje; por consiguiente, la consideración decisiva es determinar cuál es el propósito que se persigue con esa regulación.⁶⁵⁵

Por el contrario, en el caso *Davis v. Massachusetts*, el juez Oliver Wendell Holmes, también de la Corte Suprema de Estados Unidos, sostenía que “para la legislatura prohibir absoluta o condicionalmente hablar públicamente en una autopista o en un parque no constituye más violación de los derechos de un miembro del público que para el propietario de una casa particular prohibirlo en su domicilio”.⁶⁵⁶ La opinión de Holmes, en el caso previamente citado, es particularmente interesante, pues parece sugerir, al igual que el juez Frankfurter en el caso *Hague v. C.I.O.*, que el uso para el cual han sido originalmente previstas y diseñadas las calles y parques constituye un interés legítimo para restringir la libertad de expresión en lugares públicos, a lo cual seguramente se podrían agregar otros intereses no menos dignos de protección, como —por ejemplo— el impedir alteraciones del orden público. Al tratar de establecer un punto de equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho a usar las calles y plazas para su uso principal, ya sea transitar o recrearse, tales opiniones parecen asignar un lugar secundario a la libertad de expresión, subordinándola a otros intereses, toda vez que estos últimos se vean amenazados.⁶⁵⁷

C. *El acceso a medios eficaces*

El acceso al foro plantea otro interesante problema, derivado del desarrollo científico y tecnológico, el cual, además del foro público, también está vinculado al foro privado. En efecto, en el mundo de las ciudades-Estados griegas, Atenas era lo suficientemente pequeña como para permitir que, en ausencia de otros, el principal medio de comunicación fuera el contacto directo y la discusión entre los propios ciudadanos; en realidad, la clave de la democracia ateniense residía en que todos los

⁶⁵⁴ *Idem.*

⁶⁵⁵ *Idem.*

⁶⁵⁶ *Davis v. Massachusetts*, 167 U.S. 43 (1897).

⁶⁵⁷ *Cfr.*, en este sentido, Gunther, Gerald, *op. cit.*, pp. 1146 y ss.

asuntos de interés público se discutían abiertamente, a la vista de todos. Sócrates podía reunirse con la juventud ateniense (para enseñarla a razonar o corromperla, según el punto de vista de quienes lo defendían o lo acusaban), y su pensamiento podía alcanzar a una amplia audiencia de Atenas, llegando incluso a los oídos de las autoridades de la ciudad-Estado más democrática, abierta y tolerante de la época. Aun en nuestros días, en una pequeña aldea rural, todavía es posible la transmisión y difusión de informaciones, ideas y opiniones, de boca a boca. Pero en el mundo de hoy, conformado por inmensas metrópolis, en donde el fenómeno de la urbanización permite a cada ciudadano desaparecer en el anonimato, es evidente que la comunicación boca a boca no tiene la misma fuerza y el mismo impacto que podía tener en la antigua Atenas.

Las circunstancias de la vida moderna, cuyo desarrollo científico y tecnológico ha hecho posible la aparición de sofisticados medios de comunicación de masas, capaces de alcanzar a grandes audiencias, no pueden ser ignoradas; sin embargo, tampoco se puede pasar por alto que la naturaleza de estos modernos medios de comunicación no es exactamente pública, que los mismos no están al alcance de todos, y que no todos pueden pagar el alto costo que supone el acceso a los mismos. En este sentido, en el Proyecto de Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información se reafirma que todas las personas, en todas partes, deben tener la oportunidad de participar, y no debería excluirse a nadie de las ventajas que ofrece la sociedad de la información; asimismo, se señala que el acceso universal, ubicuo, equitativo y asequible a la infraestructura y los servicios de las tecnologías de la información y la comunicación, con inclusión del acceso a la energía y los servicios postales, es una de las ambiciones de la sociedad de la información, y debe ser un objetivo de todos los que participan en su creación. Según el proyecto de Declaración de Principios, una infraestructura de red y unas aplicaciones de comunicación e información de amplia cobertura, adaptada a las condiciones locales, regionales y nacionales, fácilmente accesible y asequible, y que utilice en mayor medida la banda ancha y, de ser posible, otras tecnologías innovadoras, puede acelerar el progreso económico, y mejorar el bienestar de todos.⁶⁵⁸

En la actualidad, no hay, en nuestras democracias, un foro público efectivo a disposición del ciudadano común, en el cual éste pueda ejercer

⁶⁵⁸ Cfr. Documento WSIS/PC-3/DT/6 (Rev.1)-S, del 19 de noviembre de 2003.

su libertad de expresión. Es cierto que en cada ciudad hay plazas y parques, además de otros sitios públicos, en los cuales los ciudadanos pueden exponer sus opiniones; pero, sin mencionar las regulaciones que normalmente existen para la utilización de estos sitios y que someten su uso por el público al cumplimiento de ciertas condiciones, sin duda legítimas, la escasa difusión que tales ideas tendrán en el marco de ese medio —y su diferencia con el impacto de los modernos medios de comunicación—, es más que evidente. En la sociedad contemporánea, debe observarse que, con todas las limitaciones que le son inherentes, internet se ha convertido en el foro público por excelencia.

Ciertamente que el desarrollo de los modernos medios de comunicación de masas, tales como la prensa, la radio, la televisión, la cibernética y, sobre todo, las comunicaciones por satélite, han expandido notablemente las posibilidades de comunicarse con audiencias cada vez más vastas y numerosas. Pero los beneficiarios⁶⁵⁹ de estos medios no son todos los ciudadanos, sino solamente aquellos que tienen el poder económico como para poseerlos (tales como los dueños de la prensa, o de la estación de radio o televisión), o para controlarlos (como, por ejemplo, los anunciantes), o para acceder a los mismos (como el dueño de un computador que posee una línea telefónica y que ha contratado un servicio de internet) o, en última instancia, aquellos que detentan el poder político, pudiendo utilizar los recursos del Estado para controlar esos medios de comunicación y valerse de ellos, ya sea que estén en manos del Estado o de los particulares. No obstante, es interesante observar que una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela sostiene que, a partir de la disposición constitucional que consagra la libertad de expresión, los medios de comunicación de masas no pueden vetar a nadie para expresarse en ellos, aunque reconoce que tal actividad depende del tiempo, espacio, etcétera, que éstos puedan brindarle a las personas para emitir sus pensamientos; asimismo, el citado tribunal afirma que aquellos medios que utilizan servicios, bienes o derechos concedidos por el Estado deben prestar una mayor colaboración hacia la sociedad, en beneficio de la libertad de expresión de los ciudadanos.⁶⁶⁰

⁶⁵⁹ Beneficiarios en cuanto se refiere al disfrute y ejercicio de la libertad de expresión, y no al lucro que pudieran derivar de la explotación económica de los mismos.

⁶⁶⁰ *Cfr.* Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Amparo Constitucional de Elías Santana c. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia, sentencia del 12 de junio de 2001.

Sin duda, los medios de comunicación desempeñan un papel fundamental en el ejercicio de la libertad de expresión, y, en cierto sentido, pueden ser vistos como un foro público limitado. De manera que la radio y la televisión pública no pueden tener un carácter puramente marginal frente a los medios de comunicación que son propiedad de particulares; en este sentido, la radio y la televisión pública constituyen un espacio vital para la preservación y el fortalecimiento de la democracia, por lo que no pueden estar destinadas a competir con las estaciones comerciales en la transmisión de “noticias del corazón” o de otros sucesos intrascendentes.

Los medios de comunicación que pertenecen al Estado deben disponer de mecanismos que garanticen su independencia informativa, y que impidan que el gobierno pueda controlar el contenido de sus programaciones. La radio y la televisión pública tienen sentido si están en capacidad de proporcionar información que no responda directamente ni a intereses comerciales ni políticos; además, como es de esperar en una sociedad pluralista, la radio y la televisión pública deben permitir el acceso indiscriminado a todo tipo de opiniones y puntos de vista. En este sentido, el artículo 20, número 3, de la Constitución de España dispone que la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público, y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. Pero ello no es lo mismo que sugerir que esos medios deban estar abiertos a toda persona, en forma irrestricta. Una radio y una televisión pública independiente, cuya programación estimule un debate político objetivo, franco y abierto, puede contribuir a que los medios privados de comunicación produzcan programas de igual contenido y calidad; es en este sentido que Michael Grade, un ex director de una de las televisoras privadas de Inglaterra, comentó que “la BBC hace que todos nos comportemos honradamente”.⁶⁶¹ Desafortunadamente, con excepción de la tradición de independencia atribuida a la BBC de Londres, la regla parece ser que cada medio de comunicación en manos de un gobierno es un instrumento político destinado a servir los intereses del sector político en el poder; de hecho, más que para servir de canales de in-

⁶⁶¹ Citado por Sánchez-Tabernero, Alfonso, “Tres desafíos”, *El País*, Madrid, 21 de enero de 2001, p. 15.

formación y discusión de los asuntos públicos, tradicionalmente los medios de comunicación del Estado han sido utilizados por los gobernantes para glorificarse a sí mismos, o para descomunales campañas de propaganda cuyo propósito es desviar la atención del ciudadano, distrayéndolo de los asuntos verdaderamente importantes. En tal sentido, Noam Chomsky ha sostenido que “la propaganda es a una democracia lo que la porra es a un Estado totalitario”.⁶⁶²

Por otra parte, el acceso al foro también plantea problemas no menos interesantes en lo que se refiere al acceso a los canales de distribución de un mensaje; por ejemplo, el acceso a una frecuencia de radio o de televisión, al correo o al teléfono. Si la libertad de expresión comprende el acceso a esos canales de comunicación, entonces el Estado tiene el deber de garantizar su funcionamiento, y de asegurar el acceso a los mismos en condiciones de igualdad.

2. *El acceso al foro privado*

Por otra parte, si la libertad de expresión hace surgir la necesidad de acceso a un foro público, ella sugiere, igualmente, la necesidad de examinar si esta libertad puede generar algún derecho de acceso a un foro privado, incluido el acceso a los medios de comunicación propiedad de particulares.

A. *El hogar y otros recintos privados*

Hasta comienzos del siglo XX, el grueso de la jurisprudencia de los Estados Unidos giraba en torno al derecho de propiedad, por lo que este derecho fue utilizado agresivamente como base para justificar una amplia gama de restricciones a la libertad de expresión.⁶⁶³

⁶⁶² *Actos de agresión*, Barcelona, Crítica, 2000, p. 15.

⁶⁶³ *Cfr.* Mensch, Elizabeth, “The History of Mainstream Legal Thought”, en Kairys, David (compilador), *The Politics of Law: A Progressiv*; Allen, David S. y Jensen, Robert (compiladores), *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*, Nueva York y Londres, New York University Press, 1995, p. 45; *Critique*, Nueva York, Pantheon, 1982, citado por Streeter, Thomas, “Free speech, Language and the Rule of Law”, en Allen, David S. y Jensen, Robert (compiladores), *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*, Nueva York y Londres, New York University Press, 1995, p. 45.

En primer lugar, en cuanto se refiere al hogar, y de acuerdo con nuestro sistema de valores, parece evidente que sobre la libertad de expresión debe prevalecer el derecho a la intimidad. En nuestra opinión, bajo ninguna circunstancia o pretexto alguien puede invocar su derecho a la libertad de expresión como autorización suficiente para invadir la privacidad del hogar. Excepto el caso de que seamos expresamente invitados a ello, no tenemos derecho a esa tribuna que, en todo caso, si puede calificarse como tal, constituye un foro privado.

En el caso de recintos privados distintos del hogar, y abiertos al público —tales como un teatro, una universidad privada, el recinto de una sociedad literaria, o la sede de un partido político—, hay que tener en cuenta la pertinencia de otras consideraciones. En efecto, en cualquiera de los casos antes citados estaríamos en presencia de un recinto que —no obstante ser propiedad de particulares—, además de estar abierto al público (aunque sea bajo ciertas condiciones), ha sido previsto precisamente para el debate y el intercambio de ideas. Sin embargo, en un recinto de estas características nuestra libertad de expresión no es absoluta, y debe ajustarse a los propósitos para los cuales este espacio ha sido concebido; por ejemplo, no tenemos derecho a presentarnos en la sede de un partido político, que sustenta una ideología distinta a la nuestra, con el propósito deliberado de provocar, ni podemos irrumpir en el recinto de una sociedad literaria con el propósito de divulgar un manifiesto político.

La Corte Europea de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el acceso a la audiencia en el caso *Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, en que se impuso a una madre y su hijo menor, restricciones para comunicarse tanto telefónicamente como por vía epistolar. Según la Corte, estos aspectos estarían cubiertos por las nociones de “vida familiar” y “correspondencia”, a las cuales se hace referencia en el artículo 8 de la Convención, en el contexto del derecho a la vida privada y familiar; sin embargo, en la demanda ante la Corte no se alegó, adicionalmente, la violación de la libertad de expresión, ni ésta fue examinada de oficio por el tribunal.⁶⁶⁴ En todo caso, el tribunal dejó constancia de que, aunque las razones invocadas por el Estado para aplicar esas medidas eran relevantes, ellas no eran suficientes para justificar la necesi-

⁶⁶⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, sentencia del 20 de enero de 1992, párrafos 71 y 72.

dad de privar a los peticionarios de casi todos los medios para mantener contacto por un periodo de año y medio, y concluyó que dichas medidas eran desproporcionadas.⁶⁶⁵

B. *Los medios de comunicación privados*

En la sociedad actual, caracterizada por la presencia de modernas y costosas tecnologías de la comunicación, capaces de llegar a millones de personas, el discurso en la plaza pública o la simple protesta callejera han llegado a ser ineficaces, y casi irrelevantes como medio de comunicación. De manera que si quienes disienten no cuentan con acceso a los medios de comunicación de masas, habría que concluir que la libertad de expresión es un derecho puramente simbólico, subordinado al derecho de propiedad de los medios de comunicación que poseen las grandes corporaciones. En opinión de Thomas Streeter, la libertad de expresión, según como es interpretada actualmente, protege más a los propietarios y gerentes de esas corporaciones que a los eventuales oradores, e impide a las agencias gubernamentales interferir con la expresión de agencias privadas, precisamente en función del derecho de propiedad; por consiguiente, esa libertad, así entendida, será de poca ayuda para un periodista a quien el editor de un periódico le ordena dejar de lado un reportaje que puede ser comercial o políticamente inconveniente.⁶⁶⁶ En este mismo sentido, según Sunstein, buena parte de los problemas de la libertad de expresión derivan de la protección legal de enormes corporaciones, cuyos cuantiosos recursos les permiten dominar el mundo de las comunicaciones.⁶⁶⁷ Pero, en realidad, los medios de comunicación en manos de particulares plantean problemas que van más allá del mero hecho de ser propiedad privada. En principio, no hay que olvidar que estamos analizando una libertad pública y que, al menos en la concepción tradicional que se tiene de ésta, ella está dirigida a poner un límite a la acción del Estado no de los particulares. El mismo Sustain admite que el verdadero

⁶⁶⁵ *Ibidem*, párrafos 96 y 97.

⁶⁶⁶ Cfr. "Free speech, Language and the Rule of Law", en Allen, David S. y Jensen, Robert (compiladores), *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*, Nueva York y Londres, New York University Press, 1995, p. 47.

⁶⁶⁷ Cfr. "A New Deal for Speech", en Allen, David S. y Jensen, Robert (compiladores), *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*, Nueva York y Londres, New York University Press, 1995, p. 58.

problema no es el poder de los particulares, sino el que las autoridades puedan crear reglas legales que restrinjan la libertad de expresión, y que estas restricciones no sean interpretadas de acuerdo con los principios constitucionales pertinentes.⁶⁶⁸

Por su trascendencia, los problemas que plantea el acceso a los medios de comunicación, que van más allá del acceso a un foro privado, los examinaremos en la sección siguiente.

3. *El acceso a los medios de comunicación social*

Como ya se ha señalado, el mundo de hoy se caracteriza por la existencia de modernos medios de comunicación de masas, que con frecuencia están en poder de grandes corporaciones, y que están en capacidad de acceder a millones de personas moldeando el criterio de la opinión pública. Paralelamente, tanto los gobiernos como las empresas, que constituyen la principal fuente de información de los medios, cuentan con inmensos recursos (humanos y financieros) destinados a sus operaciones de información pública.⁶⁶⁹ Para el individuo, que obviamente se encuentra en una posición disminuida frente a esas inmensas corporaciones, la libertad de expresión no tiene sentido si no incluye garantías de acceso a esos medios de comunicación. Pero el conferir a una persona el derecho a utilizar canales de comunicación de propiedad de terceros, ya sea que se pague o no por el uso de los mismos, hace surgir otras dificultades no menos dignas de atención.

A. La tesis de los medios de comunicación como servicio público

Lo primero que hay que definir es si tanto los medios de difusión escritos como los medios de comunicación radioeléctricos son simplemente el instrumento utilizado para transmitir un mensaje, o si, por el contrario, aunque estén en poder de particulares, constituyen servicios públicos que, en cuanto tales, deben estar abiertos al público y ser accesibles a éste, aunque sólo sea de manera limitada. Sin embargo, tampoco hay que

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 59.

⁶⁶⁹ *Cfr.*, en este sentido, Chomsky, Noam y Herman, Edward S., *Los guardianes de la libertad*, Barcelona, Crítica, 2000, p. 52.

perder de vista que, por su propia naturaleza, la prensa y los medios radioeléctricos parecen requerir un tratamiento diferente.

Tradicionalmente se ha sostenido que, mientras cualquiera que tenga el dinero y los recursos suficientes puede fundar un periódico que le sirva de instrumento para difundir sus mensajes e ideas, tanto la radio como la televisión se verían constreñidas por un espectro limitado de frecuencias radioeléctricas que debe ser repartido por el Estado entre los miembros de la sociedad. Asumiendo que esto es así, en el caso de la prensa, el propietario del periódico no estaría especialmente obligado a dar cabida a la difusión de ideas que no comparte, incluso si el autor del mensaje está dispuesto a pagar por ello; en cambio, en el caso de la radio y la televisión estaríamos en presencia de servicios públicos asignados a particulares, y que, como tales, en una sociedad democrática, deben facilitar el acceso del público y permitir la más amplia difusión de ideas y opiniones, transmitiendo no sólo el mensaje de sus propietarios, sino también una amplia y variada gama de opiniones. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que:

La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda el medio de comunicación. La opinión pública no es ajena a las ideas e intereses que se movilizan a través de la televisión. Por consiguiente, el tamaño y la profundidad de la democracia, en cierta medida, resultan afectados por la libertad de acceso y por el pluralismo que caracterice (a) la televisión, y ellas, sin lugar a dudas, pueden resentirse cuando el medio se convierte en canal propagandístico de la mayoría política o, más grave aún, de los grupos económicos dominantes... Los efectos de las políticas y regulaciones en esta materia, unido al poder que envuelve la intervención en el principal y más penetrante medio de comunicación social, exige que su manejo se guíe en todo momento por el más alto interés público y que ningún sector o grupo por sí solo, así disponga de la mayoría electoral, pueda controlarlo directa o indirectamente.⁶⁷⁰

Sin embargo, en Estados Unidos, esta tesis ha sido rechazada por Thomas Streeter, quien señala que el sistema de licencias a que se somete a las estaciones de radio se creó en el entendido de que el espectro de comunicaciones radioeléctricas se caracterizaba por la escasez de sus ondas

⁶⁷⁰ Sentencia C-497/95, magistrado ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz.

y por otros complicados asuntos técnicos —además de las necesidades estratégicas del estamento militar—, por lo que haber dado a las estaciones de radio un tratamiento diferente que a los periódicos era simplemente el resultado del contexto en el que se desarrollaba la actividad de ambos, y no de que se asumiera, como principio, que había un derecho de acceso del público a comunicarse a través de las primeras.⁶⁷¹

Esta materia no ha pasado desapercibida para el Comité de Derechos Humanos, el cual ha observado que hasta ahora se ha prestado poca atención al hecho de que, dado el desarrollo de los modernos medios de información pública, se requieren medidas específicas para impedir un control de dichos medios que lesione el derecho de toda persona a la libertad de expresión.⁶⁷²

Si los medios de comunicación pretenden asumir el papel del ciudadano común, esta circunstancia acarrea responsabilidades concomitantes. En este sentido, en los Estados Unidos se ha argumentado que la primera enmienda de la Constitución opera como una espada y como un escudo; de manera que, junto con proteger a la prensa de la interferencia estatal, también impone obligaciones a los propietarios de los medios de comunicación. En el caso *Associated Press v. United States*, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó el argumento de que en virtud de la garantía constitucional de la libertad de expresión la prensa sería inmune a las leyes antimonopolios; según la Corte, la mencionada garantía, lejos de proporcionar un argumento en contra de la aplicación de la legislación antimonopolios, ofrece poderosas razones precisamente en favor de su aplicación. En opinión del tribunal, la garantía de la libertad de expresión descansa en la premisa de que la más amplia difusión posible de información proveniente de diversas fuentes es esencial para el bienestar de la comunidad, y que una prensa libre es la condición necesaria de una sociedad libre; por lo tanto, la existencia de una norma que impide al Estado coartar el libre flujo de las ideas no puede convertirse en el refugio de agentes no estatales que imponen ese mismo tipo de restricciones a una libertad constitucionalmente protegida; según la Corte, la libertad

⁶⁷¹ Cfr. “Free Speech, Language and the Rule of Law”, en Allen, David S. y Jensen, Robert (compiladores), *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*, Nueva York y Londres, New York University Press, 1995, p. 44.

⁶⁷² Cfr. “Observaciones generales formuladas con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto”, Observación general 10, párrafo 2, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Suplemento núm. 40 (A/38/40), Nueva York, Naciones Unidas, 1983, p. 111.

de prensa significa libertad para todos, y no solamente para algunos. Así como la libertad para publicar está garantizada por la Constitución de los Estados Unidos, la libertad para que los particulares impidan que otros tengan acceso a publicar sus opiniones no lo está; la primera enmienda a la Constitución garantiza el ejercicio de la libertad de expresión, lo cual no significa que permita que ella sea restringida por intereses particulares.⁶⁷³ Con el mismo vigor, el juez William Douglas, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sostuvo que “donde un periódico tiene el monopolio en un área, rara vez presenta las dos caras de un mismo tema. Con mucha frecuencia, insiste en una línea ideológica o política, usando su posición monopolística no para educar al pueblo ni para promover el debate, sino para inculcar en sus lectores una filosofía o una actitud, y para hacer dinero”.⁶⁷⁴

B. *La doctrina del trato equitativo*

Como una alternativa a la tesis que sugiere que los medios de comunicación radioeléctricos constituirían un servicio público, se ha propuesto la doctrina del trato equitativo (*fairness doctrine*). Al desarrollar esta doctrina, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que un trato equitativo por parte de los medios radioeléctricos requiere que se preste atención a los asuntos públicos y que se permita una oportunidad de expresar puntos de vista divergentes; porque no se serviría a la libertad de expresión permitiendo ilimitadamente la censura privada de quienes operan en un medio que no está abierto a todos. Según la Corte, en lo que concierne a la libertad de expresión, aquellos que poseen una licencia no están en mejor posición que aquellos a quienes se les ha negado; porque una licencia permite realizar transmisiones radiales, pero no autoriza para monopolizar una radiofrecuencia, con exclusión de los demás ciudadanos. A juicio del citado tribunal, no hay nada en la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos que impida al gobierno requerir a quien se ha concedido una licencia para utilizar una frecuencia radial que la comparta con otros, y que se conduzca como fiduciario con la obligación de transmitir las opiniones y voces que sean representativas de su comunidad, y que de otra manera estarían excluidos de las ondas

⁶⁷³ *Cfr.* *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945).

⁶⁷⁴ *The Great Rights*, E. Cahn editor, 1963, pp. 124-125, citado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

radiales. Por consiguiente, la radio y la televisión deben funcionar de manera compatible con los fines y propósitos de la garantía constitucional de la libertad de expresión.⁶⁷⁵ Obviamente, esta tesis ha sido resistida por la industria de la comunicación —para lo cual ha encontrado aliados dentro del gobierno—, que espera que se le trate simplemente como un negocio, y que considera que la televisión es simplemente un electrodoméstico; es decir, algo así como una tostadora con imágenes.⁶⁷⁶ En opinión de Cass R. Sunstein, en una economía de mercado, los objetivos básicos del sistema democrático pueden verse comprometidos en un régimen en que sólo se permite hablar a la gente si hay otros que estén dispuestos a pagar para permitir que se escuche a los primeros.⁶⁷⁷ Es en este sentido que, para los defensores de la doctrina del trato equitativo, ésta asegura la difusión en las ondas radiales de una diversidad de opiniones, que de otra manera no tendrían acceso al mercado.

Quienes sostienen que la libertad de expresión implica un derecho de acceso a la prensa y a los medios de comunicación radioeléctricos argumentan que el Estado tiene la obligación de asegurarse que una amplia gama de ideas y opiniones pueda alcanzar al público. En respaldo de esta tesis, sus propulsores observan que hace doscientos años, cuando la libertad de expresión comenzaba a imponerse, la prensa escrita era ampliamente representativa de las personas a las que servía, pues, si bien algunos periódicos podían estar profundamente parcializados a favor de determinadas opiniones, la prensa en su conjunto representaba la amplia gama de opiniones de sus lectores. Cualquier publicación era relativamente poco costosa, y, en todo caso, la publicación de un libro o de un panfleto proporcionaba una alternativa igualmente eficaz para la difusión de informaciones no cubiertas por la prensa convencional, o para la difusión de ideas impopulares.⁶⁷⁸ En aquel momento existía un verdadero

⁶⁷⁵ Cfr. *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969).

⁶⁷⁶ Tal comparación habría sido hecha por Mark Fowler, ex presidente de la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos (FCC), citado por Nossiter, Bernard D., “The FCC’s Big Giveaway Show”, *Nation*, 26 de octubre de 1985, p. 402, citado por Sunstein, Cass R., “A New Deal for Speech”, en Allen, David S., and Jensen, Robert (compiladores), *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*, Nueva York y Londres, New York University Press, 1995, p. 63.

⁶⁷⁷ *Idem*.

⁶⁷⁸ Cfr., en este sentido, Lange, “The Role of the Access Doctrine in the Regulation of the Mass Media: A Critical Review and Assessment”, *North Carolina Law Review*, vol. 52, 1973, p. 1; y Emerson, Thomas I., *The System of Freedom of Expression*, 1970.

mercado de las ideas, al cual se podía acceder con relativa facilidad a través de distintos canales de comunicación. Por el contrario, en el curso del siglo XX, y en lo que va del actual, se ha producido una revolución en las comunicaciones, que desde la introducción en nuestras vidas de la radio y la televisión no se ha detenido, dando paso a las comunicaciones por satélite, la televisión por cable, la cibernética, y a cambios no menos trascendentales en la prensa, que han permitido que algunos periódicos se conviertan en grandes corporaciones, y que entre ellos y otros medios de comunicación se consoliden inmensas cadenas periodísticas. Además, la existencia de pueblos con un solo periódico, que frecuentemente pertenece al mismo grupo propietario de la radio y la estación de televisión, elimina toda competencia en materia informativa, y hace de la prensa un instrumento muy poderoso e influyente en la vida pública de esas pequeñas comunidades. La circunstancia de que los medios de comunicación estén concentrados en pocas manos distorsiona el derecho a la información, permite a quienes tienen el control de esos medios manipular y moldear la opinión pública en función de sus intereses, e impide que el público pueda contribuir de manera significativa al debate político. En presencia de los modernos imperios de la noticia y del espectáculo, no todos tienen acceso al mercado de las ideas, que ciertamente depende de medios de comunicación eficaces.

Pero, precisamente, en aras de la libertad de expresión, la tesis del acceso a los medios de comunicación ha sido igualmente resistida. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha observado que el poder de un periódico que es propiedad de particulares para promover sus propias ideas en materia política, económica y social está limitado solamente por dos consideraciones: a) la aceptación de un número suficiente de lectores y anunciantes que le asegure el éxito económico, y b) la integridad periodística de sus editores.⁶⁷⁹ Asimismo, en cuanto a posibles restricciones que puedan constituir la presión estatal ejercida sobre un periódico para que imprima lo que en otras circunstancias no imprimiría, la Corte ha sostenido que esa presión sería inconstitucional, y que si bien una prensa responsable es un objetivo deseable, la responsabilidad de la prensa, al igual que muchas otras virtudes, no puede ser legislada.⁶⁸⁰ En opinión

⁶⁷⁹ *Cfr.* Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee, 412 U.S. 94 (1973).

⁶⁸⁰ *Cfr.* Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974).

del juez White, un periódico o revista no es un servicio público sujeto a regulaciones gubernamentales que puedan afectar el criterio editorial en cuanto a lo que deba publicarse; por supuesto que la prensa no siempre es suficientemente certera, o incluso responsable, y puede que no presente un asunto de interés público de manera completa y equilibrada; pero la garantía constitucional de la libertad de prensa ha asumido el riesgo de que ocasionalmente el debate sobre asuntos vitales no sea suficientemente comprensivo y no refleje todos los puntos de vista. Cualquier otro método que suplante el control privado de la prensa por la pesada mano de la intrusión estatal convertiría al gobierno en el censor de lo que la gente puede leer y conocer.⁶⁸¹ Por otra parte, el desarrollo tecnológico, que ha superado las limitaciones impuestas por las ondas hertzianas y ha permitido una proliferación de estaciones de radio y televisión, cuyo número con frecuencia supera al de los periódicos locales, parece haber desvirtuado el argumento inicial a favor de la doctrina del trato equitativo en los medios radioeléctricos. Además, si bien por razones más ideológicas que técnicas, durante la administración de Ronald Reagan, la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) de los Estados Unidos señaló que la doctrina del trato equitativo violaba la garantía constitucional de la libertad de expresión, porque involucraba un esfuerzo por parte del Estado para indicarle a las estaciones de radio qué es lo que podían transmitir.⁶⁸²

II. LOS DERECHOS DE LA AUDIENCIA

Uno de los aspectos con los que choca la doctrina del foro público es el relativo a los derechos de la audiencia y al interés de la misma en aquello que se desea comunicar. Desde luego, la libertad de expresión no garantiza el derecho a ser escuchado o leído, ni implica el deber de recibir la información, opiniones o ideas, que alguien nos desee transmitir. Sin embargo, tal pretensión puede conducir a legitimar situaciones en que el orador cuenta con una audiencia cautiva, y en las que ésta no tiene la posibilidad de elegir y decidir libremente si desea recibir la información que se le transmite. Como ciudadanos, no estamos obligados a so-

⁶⁸¹ *Cfr.* su voto concurrente en *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

⁶⁸² *Cfr.* Sunstein, Cass R., "A New Deal for Speech", en Allen, David S. y Jensen, Robert (compiladores), *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*, Nueva York y Londres, New York University Press, 1995, p. 63.

meternos al ruido ocasionado por una persona que se pasea por una playa pública con un radioreproductor encendido a todo volumen, forzándonos a escuchar una música que no nos interesa, y que probablemente nos molesta; en los Estados Unidos también se ha señalado el caso de las vallas publicitarias ubicadas al costado de las autopistas, las cuales sólo dejan la alternativa de cerrar los ojos (con todas las dificultades que ello implica para el conductor de un vehículo), convirtiendo a quienes utilizan la vía en una audiencia cautiva de tales mensajes. En nuestro medio, el frecuente abuso de las transmisiones oficiales por cadenas de radio y televisión, que —para quienes no tienen acceso a las transmisiones por cable o a las comunicaciones por satélite—, dejan como única alternativa apagar el aparato de que se trate, constituyen otro ejemplo de audiencia cautiva.

Aunque obviamente en un contexto que no involucra un foro público, pero que sin embargo también genera una audiencia cautiva y sugiere consideraciones similares a las que plantea este problema, refiriéndose al correo no solicitado, Warren Burger, siendo presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sostenía que:

el derecho de cada persona a “no ser molestado” debe ser colocado en la balanza con el derecho de otros a comunicar. En la compleja sociedad de hoy, para muchos propósitos nosotros somos inevitablemente una audiencia cautiva; pero debe subsistir una suficiente medida de autonomía individual para permitir a cada dueño de casa ejercer control sobre el correo no deseado... Al pesar el altamente importante derecho a comunicar en contra del derecho fundamental a estar libre de escenas, sonidos, y materiales tangibles que no deseamos, nos parece que el derecho del remitente debe detenerse en el buzón de correos de un destinatario renuente a aceptar dicha comunicación... Nosotros categóricamente rechazamos el argumento de que un vendedor tiene derecho, según la Constitución o en otra forma, a enviar material no deseado a la casa de otro. Si esta prohibición opera para prohibir incluso el flujo de ideas válidas, la respuesta es que nadie tiene derecho a presionar incluso “buenas” ideas en una persona renuente a recibirlas. El hecho que con frecuencia seamos parte de una audiencia “cautiva” fuera del santuario de nuestro hogar y nos veamos sometidos a expresiones objetables y a otros sonidos, no significa que debamos ser cautivos en todas partes.⁶⁸³

⁶⁸³ Rowan v. Post Office Dept., 397 U.S. 728 (1970).

Independientemente de que tal opinión pueda verdaderamente encontrar sustento en la Constitución de los Estados Unidos, ella tiene un sólido fundamento en los instrumentos internacionales que son objeto de nuestra atención, y en particular en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y en las convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos, los cuales, como veremos en capítulos posteriores, subordinan expresamente el ejercicio de la libertad de expresión a los derechos de terceros.

El acceso a un foro público, como garantía de la libertad de expresión, sólo implica el derecho a ganar la atención de una audiencia dispuesta a escuchar —o leer, o ver— la manifestación de nuestras opiniones o ideas. Pero ello no puede forzar al ciudadano a servir de audiencia si éste no desea ser molestado y no desea conocer, o no tiene interés en las informaciones, opiniones o ideas que le quiera transmitir el orador. La libertad de expresión no incluye el derecho a una audiencia cautiva, pues en tal caso ella entraría en colisión con el derecho a la privacidad de terceros, la cual —en este caso— debe prevalecer sobre la libertad de expresión del orador.

III. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

En cuanto la libertad de expresión también comprende la libertad de “buscar” informaciones de toda índole, el acceso al foro plantea, como contrapartida, la posibilidad de acceder a la información que se requiere. Pero, sin duda, la respuesta a este problema dependerá de que lo que se procura obtener sea información de interés público o de interés privado.

1. *El acceso a información de interés público*

Si la información que se solicita reviste interés público, mayor será el grado de protección de que disfrute quien la busca. No obstante, su derecho a recabar tal información estará condicionado por el carácter público o privado de las fuentes; en consecuencia, si la referida información se solicita de un órgano administrativo, éste tendrá —en principio, y a menos que dicha información se encuentre legítimamente clasificada como confidencial o secreta— el deber de proporcionarla. En este sentido, el artículo 57 de la actual Constitución de Venezuela dispone que se prohí-

be la censura a los funcionarios públicos para dar cuenta de los asuntos bajo su responsabilidad, lo cual es reiterado por la última frase del artículo 143 de la misma Constitución;⁶⁸⁴ además, la disposición antes citada indica que todos los ciudadanos tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a la seguridad interior y exterior, a investigación criminal, y a la vida privada de las personas.

En cambio, si se solicita información pública de un particular o de un ente privado, éste no siempre tendrá el deber de proporcionarla; alguien que haya sido testigo de un acontecimiento histórico no está obligado a relatarlo a cualquiera que se lo solicite. Pero, obviamente, si se trata de información que el particular ha adquirido o posee en cuanto concesionario de un servicio público, éste tendrá la obligación de otorgarla.

2. *El acceso a información de interés privado*

Excepto en lo que se refiere a información que le concierne directamente, cuando lo que se busca es información de interés puramente privado, ni los particulares ni las autoridades administrativas tienen el deber de proporcionarla. En realidad, los funcionarios del Estado están en la obligación de retener toda información de interés estrictamente personal solicitada por un tercero. En este caso, el derecho a la intimidad o privacidad se impone sobre la libertad de expresión; por consiguiente, en el caso de datos o informaciones contenidas en archivos personales, el acceso a los mismos no se encuentra protegido por la libertad de expresión, y sólo su propietario puede disponer si hace pública dicha información o si, por el contrario, la mantiene en reserva.

La tendencia más moderna ha hecho surgir el recurso de *habeas data*, en cuanto recurso de un particular dirigido a la administración para obtener información que le concierne y, en caso necesario, para obtener su rectificación, o incluso su eliminación de los registros públicos. Siguiendo esta tendencia, luego de la reforma introducida en 1994, el artículo 43

⁶⁸⁴ Sin embargo, es interesante observar que mientras el artículo 57 se refiere a lo que es el derecho de “toda persona”, el artículo 143 hace mención a lo que solamente es un derecho de “los ciudadanos”, que obviamente conforman una categoría menor de personas, y que no incluye a los menores de edad, a los extranjeros, o a quienes hayan sido objeto de una medida que suspende sus derechos ciudadanos.

de la Constitución de Argentina, relativo al amparo constitucional, consagra el *habeas data* como un amparo especializado, y expresa que “toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos”.

Sobre este particular, de manera bastante más restringida que la prevista en la Constitución de Argentina, y sin utilizar la denominación de *habeas data*, el artículo 143 de la Constitución venezolana de 1999 dispone que los ciudadanos (no toda persona) tienen derecho a ser informados oportuna y verazmente por la administración pública sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Esta misma disposición señala, además, que todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a los archivos y registros administrativos, sin precisar si se trata sólo de aquellos que le conciernen, o de todo tipo de archivo y registro oficial; pero, obviamente que, interpretado en su contexto, lo previsto en el artículo que comentamos adquiere una importancia decisiva en lo que se refiere a los datos relativos a quien solicita esa información. En una exposición de motivos de la Constitución de Venezuela, cuyo texto supuestamente fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente el 30 de enero del año 2000,⁶⁸⁵ y que fue publicado en la *Gaceta Oficial* del 24 de marzo de 2000,⁶⁸⁶ se afirma que en esa Constitución

se reconoce por primera vez en el constitucionalismo venezolano, el *habeas data* (*sic*) o el derecho de las personas de acceso a la información que sobre sí mismas o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley. El *habeas data* (*sic*) incluye el derecho de las personas de conocer (*sic*) el uso que se haga de tales registros y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente su actualización, rectificación o destrucción, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos.

⁶⁸⁵ Es decir, después de que la Constitución ya había sido sometida a referéndum, y después de que la misma fuera promulgada, el 30 de diciembre de 1999, cuando dicha Asamblea Nacional Constituyente ya había cumplido el cometido para el cual fue convocada.

⁶⁸⁶ Curiosamente, casi dos meses después de su supuesta aprobación.

Aunque la citada exposición de motivos no indica cuál es el artículo de la nueva Constitución venezolana en el que se consagra este derecho, la cita anterior obviamente está referida al artículo 143 de la misma, pero dándole una interpretación bastante más amplia de lo que se deduce del tenor literal de la norma antes mencionada. Desde luego, el artículo 143 de la Constitución venezolana se refiere a un derecho de los “ciudadanos”, no de las “personas”, y no menciona en ninguna parte el acceso a información que conste en registros privados; el texto de esa disposición tampoco indica el derecho a conocer el uso que se haga de tales registros y su finalidad, ni permite solicitar ante el tribunal competente su actualización, rectificación o destrucción, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. En todo caso, además de su sustancial diferencia de contenido con lo que se anuncia en la citada exposición de motivos, debe observarse que, para identificar este derecho, el artículo 143 de la Constitución venezolana tampoco utiliza la expresión *habeas data*.