

## CAPÍTULO QUINTO

LAS LIMITACIONES Y RESTRICCIONES LEGÍTIMAS . . . . .	261
I. Las limitaciones absolutas a la libertad de expresión . . .	269
1. La prohibición de la propaganda de guerra . . . . .	273
2. La prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso . . . . .	275
3. La prohibición de la discriminación basada en el sexo . . .	288
II. Las restricciones de la libertad de expresión . . . . .	289
1. Las restricciones derivadas del derecho de los derechos humanos . . . . .	295
2. Las restricciones propias de la libertad de expresión . . .	297
3. Los requisitos de las restricciones propias de la libertad de expresión . . . . .	304
4. El objeto de las posibles restricciones . . . . .	367
III. La naturaleza de las restricciones legítimas . . . . .	374
1. La censura previa y las responsabilidades ulteriores . . .	375
2. El derecho de rectificación o de respuesta . . . . .	391
3. Las restricciones por vías o medios indirectos . . . . .	398
IV. Las normas de interpretación . . . . .	414
V. El margen de apreciación . . . . .	416

## CAPÍTULO QUINTO

### LAS LIMITACIONES Y RESTRICCIONES LEGÍTIMAS

Si Ud. realmente cree en la libertad de expresión, entonces estará dispuesto a permitirla a hombres cuyas opiniones le parecen equivocadas, e incluso peligrosas.

Lord Justice SCRATON, en *Rex v. Secretary for Home Affairs, Ex parte O'Brien*.

Desde una perspectiva política o sociológica, en la práctica, el ejercicio de la libertad de expresión puede verse impedido u obstaculizado por circunstancias de diverso orden que restringen esa posibilidad; hace más de un siglo, J. S. Mill observó que la intolerancia social de las opiniones divergentes puede ser una fuente de mayor preocupación que la intolerancia de la ley.<sup>687</sup> En este sentido, no debe perderse de vista que con mucha frecuencia las objeciones a la programación de la televisión suelen proceder de los sectores más conservadores de la sociedad, que, en vez de apagar el televisor demandan un control del contenido de esa programación por parte del Estado. Desde otro punto de vista, en opinión de Delperre, los impedimentos que equivalen a limitaciones efectivas del ejercicio de la libertad de expresión pueden clasificarse en las siguientes categorías: 1) limitaciones económicas, que hacen que la obtención o la transmisión de la información sean difíciles, y a veces imposibles, 2) limitaciones técnicas, 3) limitaciones sociológicas, resultantes de determinados medios sociales, y 4) limitaciones institucionales vinculadas al hecho de que los individuos viven en grupos organizados jerárquicamente.<sup>688</sup>

<sup>687</sup> Cfr. *On Liberty*, publicado por primera vez en 1859, y reimpresso por Penguin Books, Middlesex, England, 1978, pp. 31-34.

<sup>688</sup> Cfr. F. Delperre, "Libres propos sur la liberté d'expression", *Revue de l'Administration Publique*, 1977-1978, p. 103, citado en E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por Danilo Türk y Louis Joinet, relatores especiales, párrafo 20.

En lo que concierne al efecto de las limitaciones económicas sobre la libertad de expresión, Eduardo Galeano se ha referido al “exilio invisible” que padecen los escritores latinoamericanos, señalando que estarán “siempre exiliados ante nuestras grandes mayorías nacionales, mientras no cambien profundamente las estructuras económicas y sociales que les vedan o restringen el acceso a la palabra impresa. Aunque disfrutemos plenamente de la libertad de expresión en nuestros países, escribimos para todos, pero sólo somos leídos por la minoría ilustrada que puede pagar los libros y se interesa por ellos”.<sup>689</sup> En el procedimiento que se siguió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la prohibición en Chile de la película *La última tentación de Cristo*, uno de los denunciantes declaró que vio truncada su carrera académica en la Universidad Católica de Chile, pues dicha institución alegó que su intervención en ese procedimiento, en favor de la exhibición de la citada película, era incompatible con el desempeño de funciones académicas.<sup>690</sup>

Sin duda que todos estos factores no pueden perderse de vista; pero en esta parte de nuestra indagación lo que nos interesa examinar son las limitaciones y restricciones que a partir de los instrumentos internacionales que han ocupado nuestra atención pueden ser consideradas como legítimas desde un punto de vista jurídico. Esas limitaciones o restricciones pueden apuntar directamente al contenido del mensaje o a los efectos que dicho mensaje puede producir en el cuerpo social; por consiguiente, la acción del Estado puede estar dirigida a controlar el impacto comunicativo derivado del medio empleado para transmitir el mensaje, o a elementos que, aun cuando no se refieren al impacto comunicativo del mensaje, tienen sin embargo un efecto adverso en la comunicación de informaciones e ideas.<sup>691</sup> En principio, cualquier medida estatal dirigida a regular el contenido del mensaje, con el pretexto de las consecuencias negativas que puede tener la difusión de determinadas ideas o informaciones, es incompatible con la libertad de expresión. Por el contrario, las medidas estatales referidas a los aspectos no comunicativos del mensaje,

<sup>689</sup> *El Exilio*, ponencia presentada ante el Congreso de Escritores celebrado en Palma de Mallorca, 1982, y reproducida en Gabriel García Márquez y otros, *La democracia y la paz en América Latina*, Bogotá, Editorial El Búho, 1985, p. 15.

<sup>690</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 45, letra a).

<sup>691</sup> Cfr. Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, pp. 789 y ss.

que no restringen indebidamente la difusión de informaciones e ideas y que no apuntan a suprimir el contenido del mensaje, como la prohibición de distribuir panfletos en la calle o de una manifestación ruidosa en la zona adyacente a un hospital, son de una naturaleza enteramente diferente, y deben ser evaluadas en función del propósito que se persigue con ellas —evitar la basura o preservar un ambiente de tranquilidad para los pacientes de un hospital— y, su pertinencia debe ser juzgada teniendo en cuenta qué es lo que se considera más importante.<sup>692</sup>

En cualquier caso, debe establecerse que la acción que se objeta efectivamente interfiere con el ejercicio de la libertad de expresión; es precisamente esa circunstancia la que permite entrar a examinar si se está en presencia de una limitación o restricción legítima de la libertad de expresión. En el caso *Wille v. Liechtenstein*, después de que quien para ese momento era el presidente del Tribunal Administrativo de Liechtenstein dictara una conferencia sobre la naturaleza y funciones de la Corte Constitucional de Liechtenstein, la cual fue parcialmente publicada por la prensa, el príncipe de Liechtenstein le dirigió una comunicación en la que le señalaba que lo consideraba como no calificado para desempeñar funciones públicas, y le anunciaba que no lo nombraría para ejercer un cargo público, en el evento de que su nombre le fuera propuesto para ese efecto por la Dieta o por otro órgano del Estado. Considerando el contenido de esa carta, la Corte Europea de Derechos Humanos concluyó que había habido una interferencia estatal con la libertad de expresión del peticionario, desde el momento en que el príncipe criticó el contenido de su conferencia, y anunció su intención de sancionarlo por la misma; según la Corte, el anuncio del príncipe de no volver a designar al peticionario para ocupar un cargo público constituía una amonestación por haber ejercido previamente su derecho a expresarse, y tenía un efecto inhibitorio sobre la libertad de expresión del peticionario, desalentándolo a que hiciera declaraciones similares en el futuro. A partir de la conferencia del peticionario, el príncipe llegó a una conclusión en cuanto a su conducta futura respecto a la suerte del mismo, que se relacionaba con sus atribuciones para designar a los funcionarios del Estado.<sup>693</sup>

<sup>692</sup> *Ibidem*, pp. 790-792.

<sup>693</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wille v. Liechtenstein*, sentencia del 28 de octubre de 1999, párrafo 50.

En la esfera de los derechos humanos, uno de los problemas centrales es el que se refiere a la necesidad de mantener un adecuado balance entre los derechos del individuo y los derechos de la sociedad, haciendo indispensable algún grado de regulación, ya sea para evitar que hablen todos al mismo tiempo, o para garantizar que pueda escucharse la voz de cada uno. Sin embargo, esta noción de “equilibrio” ha sido vista con desconfianza por Ronald Dworkin, quien considera que es un eufemismo para negar el ejercicio de la libertad de expresión, pues si este derecho debe ponerse en la balanza con una lista tan exhaustiva de otros supuestos valores, significa que tal libertad sólo puede ejercerse cuando aquellos que están en el poder consideran que la expresión en cuestión es inocua para ellos.<sup>694</sup> Por el contrario, J. S. Mill admitía que las opiniones pierden su inmunidad cuando las circunstancias en que se expresan son tales que constituyen una incitación a cometer un delito.<sup>695</sup> En consecuencia, en la medida en que la libertad de expresión adquiere relevancia en el marco de la vida en comunidad, se hace indispensable establecer un delicado equilibrio entre el derecho del individuo a expresarse o a informarse y, por otra parte, los derechos o intereses del grupo, o de otros individuos, a protegerse de ciertas expresiones o informaciones cuya divulgación podría lesionar los derechos de otro individuo, o incluso amenazar la existencia del grupo social.

Teniendo en cuenta que el uso de las palabras —o de símbolos— puede ofender o causar daño a terceros o incluso a la sociedad en su conjunto, no es posible asumir que la libertad de expresión sea un derecho absoluto, y que pueda ejercerse sin medida. Se trata de una libertad regulada; de un derecho que se encuentra sujeto a diversas limitaciones y restricciones que, en forma explícita o implícita, establecen cuáles son sus contornos, y que determinan hasta dónde se encuentra garantizado. En este sentido, es oportuno recordar que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha interpretado que las palabras agresivas (*fighting words*), es decir, aquellas que pueden provocar una reacción inmediata y violenta de parte de la persona a quien van dirigidas, y que reflejan un escaso valor en términos de ideas que puedan contribuir al debate público, no forman parte de la expresión protegida,<sup>696</sup> sin embargo, las palabras agresi-

<sup>694</sup> Cfr. “Forked Tongues, Faked Doctrines”, *Index*, 3/97, mayo de 1997.

<sup>695</sup> Cfr. *On Liberty*, publicado por primera vez en 1859, y reimpresso por Penguin Books, Middlesex, England, 1978, p. 75.

<sup>696</sup> Cfr. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

vas siguen siendo palabras, y si bien el Estado puede regularlas o incluso suprimirlas, en la medida en que ellas son el medio para transmitir una opinión o avanzar un punto de vista, el Estado debe ser muy cuidadoso en cuanto a la forma como regularlas.<sup>697</sup> Por su parte, yendo mucho más lejos que el criterio expuesto por el tribunal antes citado, y sin una base constitucional sólida que justifique apartarse de la regla contenida en la Convención Americana que rechaza la censura previa y que sólo permite establecer responsabilidades ulteriores, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha sostenido que “no puede existir un insulto constitucionalmente protegido, y (que) ellos carecen de cobertura constitucional”.<sup>698</sup>

Estas limitaciones y restricciones son las que definen el derecho que comentamos; unas y otras señalan las fronteras de la libertad de expresión, identificando aquellos aspectos que no quedan protegidos por la misma de una manera permanente, o aquellas circunstancias que excepcionalmente pueden autorizar su restricción temporal. Pero es importante subrayar que las limitaciones y restricciones previstas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o la Convención Europea de Derechos Humanos, constituyen la excepción frente a la libertad de expresión, que es la regla general; este principio tiene importantes consecuencias prácticas, que imponen una pesada carga probatoria a quien pretenda restringir la libertad de expresión, particularmente en cuanto a la necesidad y pertinencia de dicha restricción. Asimismo, toda vez que existan dudas en cuanto a la necesidad o pertinencia de tales restricciones, debe prevalecer la vigencia de la libertad de expresión. Pero, más allá de estos principios generales, es necesario fijar los criterios que permitan poner límites a la autoridad del Estado para limitar o restringir la libertad de expresión. Incluso en los Estados Unidos, cuya primera enmienda a la Constitución consagra la libertad de expresión en términos suficientemente amplios, la Corte Suprema de ese país ha sostenido que la libertad de expresión no es absoluta ni responde a una concepción que pueda llegar a implicar la parálisis de los medios previstos para la protección de las otras libertades;<sup>699</sup> a juicio del citado tribunal, la mencionada disposición no confiere

<sup>697</sup> *Cfr.* R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota, 112 U.S. 538 (1992).

<sup>698</sup> 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.

<sup>699</sup> *Cfr.* Bridges v. State of California, 314 U.S. 252 (1941)

el derecho a comunicar nuestras opiniones en todo momento, en cualquier lugar o en la forma que nos plazca, y que el ejercicio de esta libertad está sujeto a restricciones razonables, relativas a la oportunidad, el lugar o la forma en que deseemos hacer uso de la misma.<sup>700</sup>

Aunque nadie sostiene seriamente que la libertad de expresión tiene un carácter absoluto, y aunque nadie objeta la existencia —y la necesidad— de limitaciones y restricciones en lo que concierne al derecho de cada individuo a expresar libremente sus opiniones y a buscar y recibir información,<sup>701</sup> en el tratamiento de esta materia se puede detectar la presencia de dos tesis diferentes. Por una parte, un sector importante de la doctrina<sup>702</sup> ha asumido una postura “maximalista”, sugiriendo que cualquier limitación o restricción a la libertad de expresión debe interpretarse restrictivamente, y que, en caso de conflicto entre la libertad de expresión y otros derechos o intereses, en principio, debe prevalecer la primera; la propia Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que el hecho de que una determinada forma de expresión pueda tener efectos negativos no justifica, por sí sola, una restricción del derecho que comentamos, pues aceptar lo contrario sería el fin de la libertad de expresión.<sup>703</sup> Por otro lado, parte de la doctrina<sup>704</sup> ha asumido lo que pudiéramos denominar una tesis “minimalista”, prefiriendo una noción más restringida del derecho a expresarse que, en caso de conflicto, la sitúa en una posición más proclive a sacrificar la libertad de expresión e interpretar dichas limitaciones y restricciones de modo más amplio que en el caso anterior. En el fondo, de lo que se trata es de determinar cuánto apreciamos la libertad de expresión, y saber cuál es el precio que estamos

<sup>700</sup> Cfr., por ejemplo, *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39 (1966). También, *Heffron v. Int'l Soc. for Krishna Consc.*, 452 U.S. 640 (1981).

<sup>701</sup> Nos referimos a las limitaciones o restricciones que impone el ordenamiento jurídico, distintas de aquellas que son el producto de la vida en sociedad y que imponen los usos y costumbres del grupo, o las concepciones éticas prevalecientes. En el plano social, no también basta que uno tenga “derecho” a decir lo que piensa; hay barreras no legales que eventualmente pueden impedir —o hacer aconsejable— que no hagamos uso de ese derecho.

<sup>702</sup> Cfr., por ejemplo, la tesis de Cox, Archibald, en *Freedom of Expression*, Cambridge, Harvard University Press, 1981; o de Freund, Paul, en Freund, Sutherland, Howe y Brown, *Constitutional Law: Cases and Materials*, Boston y Toronto, Little Brown and Company, 1977.

<sup>703</sup> Cfr. *American Booksellers Association, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985).

<sup>704</sup> Cfr., por ejemplo, la tesis de Lee, Simon, en *The Cost of Free Speech*, Londres-Boston, Faber and Faber, 1990.

dispuestos a pagar por su vigencia; para algunos es un bien demasiado importante, que amerita el sacrificio de otros intereses o bienes jurídicos; para otros, en cambio, es un bien que, no obstante su importancia, no justifica pagar un precio tan alto, y debe ceder el paso a otros derechos o intereses. En uno y otro caso, según nuestra propia jerarquía de valores, mientras más alto sea el precio de la libertad de expresión, mayor será nuestra predisposición a renunciar a ella e inclinarnos por otros valores o intereses prevalecientes.

La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha admitido que esta libertad está sujeta a lo que ella denomina “excepciones”, si bien la necesidad de cualquier restricción de la misma debe establecerse de manera convincente.<sup>705</sup> Este tribunal incluso ha señalado que el artículo 10 de la Convención Europea ni siquiera garantiza una libertad de expresión en forma irrestricta respecto de la cobertura por la prensa de asuntos del mayor interés público; según la Corte, esta libertad lleva consigo deberes y responsabilidades que también se aplican a la prensa, y que asumen especial significación cuando se ataca la reputación de las personas, o se erosiona los derechos de otros.<sup>706</sup>

Por otra parte, en lo que se refiere a la forma de consagrar estas limitaciones o restricciones, los instrumentos internacionales de derechos humanos ya citados han recurrido a diferentes procedimientos: en primer lugar, es posible establecer limitaciones o restricciones en un sentido general, respecto de todos los derechos humanos, incluida la libertad de expresión;<sup>707</sup> en segundo lugar, se pueden contemplar disposiciones que en circunstancias excepcionales autoricen la suspensión temporal de ciertos derechos humanos, incluida la libertad de expresión;<sup>708</sup> en tercer término,

<sup>705</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 43.

<sup>706</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Bergens Tidende and others v. Norway*, sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 53.

<sup>707</sup> Esta situación puede ser ilustrada por el párrafo 2 del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual señala que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Asimismo, el párrafo 3 del mismo artículo 29 agrega que “estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

<sup>708</sup> Entre las disposiciones relativas a la suspensión temporal de los derechos humanos en situaciones de emergencia figuran los artículos 4 del Pacto de Derechos Civiles y

se puede procurar establecer, de la forma más precisa posible, los límites específicos de cada derecho, ya sea indicando dónde es que éste termina, o señalando, a manera de excepciones, los casos y circunstancias en que tal derecho no se encuentra garantizado;<sup>709</sup> en cuarto lugar, el ejercicio de la libertad de expresión podría limitarse por la vía de establecer deberes paralelos que restrinjan el disfrute del derecho en cuestión;<sup>710</sup> y por último, entre las limitaciones o restricciones a la libertad de expresión se podría incluir la prohibición del abuso del derecho, como forma de impedir que tal abuso pueda llegar a interferir con el ejercicio y disfrute de los derechos de los demás.<sup>711</sup>

Sin perjuicio de tener presentes cada una de las variantes a que puede recurrir el Estado en su afán por restringir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión, en las páginas que siguen nos limitaremos a examinar estas limitaciones y restricciones desde una perspectiva más modesta, tomando como punto de referencia aquellas que se encuentran contempladas, de modo expreso, por los instrumentos internacionales que comentamos. Desde esta perspectiva así delimitada, debemos distinguir entre aquellas limitaciones que apuntan al contenido de la expresión, y que tienen un carácter absoluto, y aquellas restricciones que pueden tener una

Políticos, 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En todas ellas, la libertad de expresión forma parte de aquellos derechos que son susceptibles de suspensión temporal.

<sup>709</sup> En cuanto se refiere a la libertad de expresión, si bien el artículo 19 de la Declaración Universal no emplea este método, el mismo es utilizado por el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y por el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>710</sup> En este sentido, el párrafo 1 del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”; asimismo, el artículo 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada “en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo, para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”. En fin, la Convención Americana de Derechos Humanos expresa, en su artículo 32, de manera aún más enfática, que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

<sup>711</sup> Si bien esta última constituye una limitación inherente a todo derecho, ella parece estar expresamente contemplada en el párrafo 2 del artículo 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual señala que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

aplicación permanente o temporal, estando dirigidas ya sea al contenido de la expresión o a elementos adjetivos de la misma.

Aunque la mayor parte de la doctrina se refiere indistintamente a “limitaciones” o “restricciones”, utilizando ambas expresiones como sinónimos, me parece que esta distinción es importante, y que es útil tener presente las diferentes connotaciones que ellas sugieren, como se refleja en los instrumentos internacionales que comentamos. Desde un punto de vista estrictamente semántico, parece haber notables diferencias entre ambos conceptos; en todo caso, en el contexto de los instrumentos internacionales de derechos humanos relativos a la libertad de expresión, las “limitaciones” parecen estar referidas a las fronteras o a los contornos del derecho en cuestión; es decir, a sus límites concretos. En cambio, las “restricciones” se refieren a consideraciones ante las cuales la libertad de expresión puede tener que ceder o inclinarse. Mientras las primeras tienen un carácter absoluto y permanente, las segundas sólo constituyen un criterio que eventualmente puede utilizar el Estado para resolver los posibles conflictos que puedan surgir entre la libertad de expresión y otros bienes jurídicos. En segundo lugar, mientras las “limitaciones” están referidas al contenido del mensaje, las “restricciones” pueden apuntar tanto a su contenido como a consideraciones de lugar, tiempo, o modo del mensaje.

## I. LAS LIMITACIONES ABSOLUTAS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas, no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, en la sentencia recaída en el recurso de amparo interpuesto por el editor del álbum *Hitler-SS*.

En la forma como se encuentra concebida por el artículo 19 de la Declaración Universal, la libertad de expresión pareciera ser un derecho

absoluto, sin ningún límite o excepción en cuanto a su ejercicio, y totalmente neutral en cuanto al contenido de lo que se exprese. Por el contrario, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contemplan disposiciones que prohíben, en forma absoluta y permanente, expresiones cuyo contenido indican en forma específica. En efecto, el artículo 20 del Pacto señala que toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley, y que toda apología del odio nacional, racial o religioso, que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, estará prohibida por la ley; asimismo, el párrafo 5 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso, que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por cualquier motivo, incluso los de raza, color, religión, idioma u origen nacional. Por consiguiente, estas disposiciones imponen a los Estados la obligación de prohibir determinado tipo de expresiones, y la obligación de abstenerse ellos mismos de toda propaganda o apología de esa naturaleza, o de alentar incitaciones a la violencia o la discriminación.

Si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no incluye una cláusula similar a la contenida en el artículo 20 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en un caso relativo a la difusión de expresiones racistas, que negaban a un amplio grupo de personas la condición de seres humanos, la Corte Europea dio por sentado que, en principio, y a condición de que se determine su necesidad en una sociedad democrática, esta circunstancia constituye una interferencia legítima de la libertad de expresión, cuyo propósito sería la protección de la reputación o de los derechos de otros;<sup>712</sup> además, la Corte afirmó que esos comentarios racistas eran mucho más que un mero insulto a los miembros del grupo al cual estaban dirigidos, y que sus autores no disfrutaban de la protección del artículo 10 de la Convención Europea, que es el que consagra la libertad de expresión,<sup>713</sup> situando este tipo de mensajes fuera del ámbito de la expresión protegida. Sin embargo, es interesante observar que, en el caso de una publicación aparecida en *Le Monde*, calificada como “defensa pú-

<sup>712</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafo 27.

<sup>713</sup> *Ibidem*, párrafo 35.

blica de crímenes de colaboración con el enemigo”, que constituía una apología de la política del mariscal Pétain durante la Segunda Guerra Mundial y que condujo a la condena penal de los autores de esa publicación, el gobierno del Estado demandado sostuvo que la misma infringía el espíritu de la Convención Europea y los valores esenciales de la democracia, por lo que era incompatible con el artículo 17 de la Convención, que señala que ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendiente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la Convención.<sup>714</sup> En el caso que comentamos, la entonces existente Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que la publicación que dio origen a la condena de los peticionarios no contenía expresiones de odio racial u otras expresiones calculadas para destruir o restringir los derechos y libertades garantizados por la Convención.<sup>715</sup> Si bien la Corte Europea no consideró que esta disposición era aplicable en el caso que comentamos, pues encontró que en este caso se había violado la libertad de expresión, ella observó que no cabía ninguna duda que la justificación de una política nazi, así como cualquier otra expresión contraria a los valores esenciales de la Convención, no podía disfrutar de la protección del artículo 10 de la Convención; en segundo lugar, el tribunal europeo señaló que, en virtud del artículo 17 de la Convención, la negación o revisión de hechos históricos claramente establecidos, como el holocausto nazi, estarían excluidos del ámbito de protección del artículo 10 de la Convención.<sup>716</sup> A juicio del juez Jambrech, los hechos a que se hace referencia en la publicación por la cual se condenó a los peticionarios no pertenecen a la categoría de hechos históricamente establecidos cuya negación o revisión pueda considerarse que apunta a la destrucción de ciertos derechos y libertades consagrados en la Convención, sino que representa parte de un debate inacabado entre los historiadores.<sup>717</sup> En cualquier caso, es razonable asumir que, en el contexto de la Convención Europea de Derechos Humanos, la apología del odio nacional, racial o religioso, que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad

<sup>714</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Lehideux and Isorni v. France*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, párrafo 35.

<sup>715</sup> *Ibidem*, párrafo 37.

<sup>716</sup> *Ibidem*, párrafos 53 y 47.

<sup>717</sup> *Ibidem*, párrafo 1 de la opinión concurrente.

o la violencia, efectivamente, infringe el espíritu de la Convención Europea y los valores esenciales de la democracia.

Con este tipo de circunstancias, que imponen limitaciones absolutas a la libertad de expresión, se ponen de manifiesto algunos de los complejos problemas que ésta plantea, y que en aras de objetivos más elevados—como la paz o el respeto a la dignidad individual— reducen el ámbito de la expresión protegida. Sin embargo, algunos países consideran peligroso adoptar una legislación especial sobre esta materia, pues estiman que para alcanzar esos propósitos bastan las disposiciones generales del derecho común.<sup>718</sup> De manera más categórica, criticando estas leyes que tienen un atractivo especial en las democracias occidentales, y que supuestamente imponen la censura en interés no de los poderosos, sino de los más vulnerables, Ronald Dworkin sostiene que es crucial resistir a estas atractivas pero peligrosas excepciones a nuestro compromiso con la libertad de expresión; según Dworkin, al negar la libertad de expresión para emitir las opiniones que detestamos, se está debilitando la legitimidad de todo nuestro sistema político, y particularmente la legitimidad de esas mismas leyes que aprobamos para proteger a las víctimas del estereotipo y el prejuicio.<sup>719</sup> Ciertamente, es muy fácil defender el derecho a expresarse respecto de quienes sostienen ideas socialmente aceptables, y que, por lo tanto, no requieren de ninguna defensa; pero es en el caso de las ideas que detestamos cuando la libertad de expresión adquiere todo su sentido, y es precisamente cuando se trata de esas ideas que debemos reivindicar la libertad de expresión de manera más vigorosa.

Correcta o incorrectamente, las disposiciones que comentamos han tomado partido a favor de un determinado tipo de mensaje, apartándose de lo que es la regla en materia de libertad de expresión y regulando el contenido de lo que se puede decir, con el legítimo propósito de proteger la dignidad individual. Pero ésa es, precisamente, una de las paradojas de la libertad que encontramos en Jean Jacques Rousseau, que se movía a capricho entre su propia teoría de la “voluntad general”, como algo distinto a la voluntad de todos, y una doctrina de los derechos individuales inviolables, que en este punto debía abandonar en beneficio del bienestar

<sup>718</sup> Cfr., en este sentido, E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por Danilo Türk y Louis Joinet, relatores especiales, párrafo 92.

<sup>719</sup> Cfr. “Forked Tongues, Faked Doctrines”, *Index*, 3/97, mayo de 1997.

general,<sup>720</sup> haciendo posible que el cuerpo social nos obligara a ser libres, en un peligroso afán que en épocas recientes ha inspirado a más de un régimen totalitario.

En todo caso, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, las anteriores constituyen las únicas limitaciones absolutas al ejercicio de la libertad de expresión. Por el contrario, tanto en la Constitución venezolana de 1961 como en la nueva Constitución de Venezuela, promulgada el 30 de diciembre de 1999, se prohíbe el anonimato; además, en el artículo 57 de la nueva Constitución venezolana también se prohíben los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa, en términos absolutos, sin que sea necesario que éstos constituyan una incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal contra las personas. Desde luego, excepto en lo que se refiere a los mensajes discriminatorios, llama la atención que la pluralidad de ideas y opiniones, así como una mayor tolerancia de las ideas ajenas, se quiera estimular no precisamente con una mayor amplitud de ideas y mensajes, sino con menos expresión.

### 1. *La prohibición de la propaganda de guerra*

Ésta es una materia que desde el término de la Segunda Guerra Mundial ha preocupado a la sociedad internacional. En su segundo periodo de sesiones, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, considerando que los miembros de la Organización han expresado en la Carta de la ONU su resolución de preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, y que la Carta también exige promover el respeto universal y efectivo de las libertades fundamentales, entre las que destaca la libertad de expresión, acordó condenar toda propaganda, en cualquier país que se ejerza, destinada a provocar o alentar, o susceptible de provocar o alentar cualquier amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz, o acto de agresión.<sup>721</sup> Asimismo, la Asamblea General de la ONU adoptó una resolución instando a los Estados a adoptar medidas

<sup>720</sup> Cfr. en este sentido, Sabine, George, *Historia de la teoría política*, 2a. ed., Nueva York, título original: *A History of Political Theory*; Rinehart, Holt, y Winston, 1937, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, pp. 433 y ss.

<sup>721</sup> Cfr. Asamblea General de la ONU, Resolución 110 (II), *Medidas que han de adoptarse contra la propaganda a favor de una nueva guerra y contra sus instigadores*, del 3 de noviembre de 1947.

destinadas a combatir la publicación de informaciones falsas o tergiversadas, susceptibles de perjudicar las relaciones amistosas entre los Estados.<sup>722</sup> En el mismo sentido, es importante subrayar que, entre las consideraciones que llevaron a la adopción de la Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación, en el preámbulo del mismo se indica el deseo de proteger a la humanidad del flagelo de la guerra, de impedir la repetición de actos de agresión, cualquiera que sea su procedencia, y de combatir toda propaganda encaminada a provocar o estimular cualquier amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, o que pueda producir tales efectos.<sup>723</sup>

A diferencia de la Convención Europea —que no contiene una excepción de esta naturaleza—, tanto el lenguaje del Pacto como el de la Convención Americana de Derechos Humanos son categóricos en cuanto a la prohibición de la propaganda de guerra. Su propósito no puede ser ocultar la existencia de controversias internacionales o focos de tensión entre diversos Estados, aunque sí el impedir exacerbar esos conflictos e incitar a la búsqueda de soluciones violentas; sin embargo, es evidente que hay muchos casos límites, que no siempre será fácil caracterizar como “propaganda de guerra” o como formas de ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

Sólo la práctica posterior de los órganos internacionales de supervisión podrá indicar el verdadero sentido y alcance de lo que debe entenderse por “propaganda de guerra”. Por el momento, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que esta prohibición abarca toda forma de propaganda que amenace con un acto de agresión o de quebrantamiento de la paz contrario a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, o que pueda llevar a tal acto, pero no prohíben la apología del derecho soberano a la defensa nacional ni del derecho de los pueblos a la libre determinación y a la independencia política conforme a la Carta de la ONU.<sup>724</sup>

<sup>722</sup> Cfr. Asamblea General de la ONU, Resolución 127 (II), *Informaciones falsas o tergiversadas*, del 15 de noviembre de 1947.

<sup>723</sup> Cfr. el preámbulo de la Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación, abierto a la firma por la Asamblea General de la ONU en su resolución 630 (VII), de 16 de diciembre de 1952, y en vigor desde el 24 de agosto de 1952.

<sup>724</sup> Cfr. sus “Observaciones generales formuladas con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto”, Observación general 11, párrafo 2, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Suplemento núm. 40 (A/38/40), Nueva York, Naciones Unidas, 1983, p. 112.

No obstante la ausencia de una disposición comparable en el texto de la Convención Europea de Derechos Humanos, debe observarse que algunos de los jueces de la Corte Europea de Derechos Humanos han señalado que la violencia es intrínsecamente hostil a los principios de la Convención, y que la incitación a la violencia equivale a la negativa al diálogo y al rechazo a probar diferentes opiniones y teorías, inclinándose a favor de un choque de poderes, por lo que no debería caer bajo el ámbito de protección de la libertad de expresión.<sup>725</sup>

## 2. *La prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso*

Una de las paradojas de la libertad de expresión es que su ejercicio irrestricto puede destruir, o amenazar con destruir, los valores de una sociedad democrática y la dignidad de las personas. Es por eso que en una sociedad democrática resulta pertinente plantearse hasta qué punto el Estado debe estar preparado para permitir que se propaguen doctrinas que tienden a inspirar la intolerancia contra ciertos grupos. En este sentido, lord Dennis Lloyd se ha preguntado si debe permitirse a los fascistas que se aprovechen de la tolerancia de un Estado democrático para predicar la intolerancia contra grupos a los que odian o desprecian.<sup>726</sup> Un punto de vista es que el derecho no debería coartar la difusión de expresiones odiosas, por muy censurables que ellas puedan ser; en el otro extremo están quienes piensan que el verdadero sentido de la tolerancia implica, paradójicamente, que los mensajes que propician la intolerancia en contra de algún grupo de personas no pueden estar jurídicamente protegidos. Esta última tesis no implica que ningún grupo en particular deba gozar de inmunidad frente a la crítica, sino simplemente que no está permitido agraviar a sus miembros con el propósito de promover su supresión o su sometimiento a otro grupo.<sup>727</sup>

Como ya se señaló previamente, el artículo 20 del Pacto señala que toda apología del odio nacional, racial o religioso, que constituya incita-

<sup>725</sup> *Cfr.*, en este sentido, la opinión parcialmente disidente de los jueces Wildhaber, Kuris, Stráznická, Baka y Traja, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999.

<sup>726</sup> *Cfr. La idea del derecho: ¿perversidad represora o necesidad social?*, Madrid, Civitas, título original: *The Idea of Law: A Repressive Evil or Social Necessity?*, traducción de Rosa Aguilar de Ben y Mercedes Barat, 1985, p. 170.

<sup>727</sup> *Ibidem*, pp. 170 y ss.

ción a la discriminación, la hostilidad o la violencia, estará prohibida por la ley; asimismo, el párrafo 5 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que estará prohibida por la ley toda apología del odio nacional, racial o religioso, que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por cualquier motivo, incluso los de raza, color, religión, idioma u origen nacional. En estas disposiciones, el elemento crucial es la apología del odio nacional, racial o religioso, y esa apología debe ser entendida como todo mensaje que justifique, defienda o juzgue favorablemente el odio entre los grupos antes indicados.

Pero es importante subrayar que, además de lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, desde el preámbulo, se expresa resuelta a adoptar todas las medidas necesarias para eliminar rápidamente la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones, y a prevenir y combatir las doctrinas y prácticas racistas con el fin de promover el entendimiento entre las razas; además, el artículo 4 de esta Convención condena toda propaganda que se inspire en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial; además, los Estados partes en esta Convención se han comprometido a tomar medidas inmediatas destinadas a eliminar toda incitación a la discriminación racial, incluyendo las siguientes: a) tipificar como delito toda difusión de ideas basadas en la superioridad racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) declarar ilegales y prohibir las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda, y toda otra actividad de propaganda que promueva la discriminación racial e incite a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley, y c) no permitir que las autoridades o las instituciones públicas, nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella. En consecuencia, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial no se ha conformado con señalar lo que constituye una limitación legítima a la libertad de expresión, sino que incluso ha

indicado expresamente que determinado tipo de mensajes deben ser sancionados penalmente. Esta Convención va más allá de lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto prohíbe no solamente mensajes que constituyan una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, sino que también condena toda propaganda que se inspire en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico. Sin embargo, el artículo 4 de esta Convención también indica que las medidas que adopten los Estados deben tener “debidamente en cuenta” los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de esta misma Convención, entre los cuales se incluye “el derecho a la libertad de opinión y de expresión”; esta cláusula, que fue incorporada debido a la preocupación de algunos Estados ante la posibilidad de que se pudiera tipificar como delito la diseminación de todo tipo de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, lo cual se consideraba que era demasiado amplio y que podía originar dificultades con otros derechos humanos, y en particular con la libertad de expresión, ha sido invocada para alegar que ella requiere ponderar la prohibición del odio racial con la vigencia de la libertad de expresión, de manera que las medidas que se adopten para asegurar dicha prohibición no interfieran con esta última.<sup>728</sup>

Además de los instrumentos internacionales ya citados, la Convención Internacional sobre la Represión y del Castigo del Crimen de Apartheid,<sup>729</sup> en su artículo II, letra c), dispone que el crimen de *apartheid* incluye, *inter alia*, la denegación a los miembros de uno o más grupos raciales el derecho a la libertad de opinión y de expresión; además, el mismo artículo II, en su letra f), agrega la persecución de las organizaciones y personas que se oponen al *apartheid* privándolas de derechos y libertades fundamentales, como otro de los actos que configuran el crimen de apartheid.

Por otra parte, las consecuencias de la intolerancia con las creencias religiosas y las convicciones de los demás han sido objeto de especial

<sup>728</sup> Cfr., en este sentido, los argumentos de la ya desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Jersild, en Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Jersild v. Denmark, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafo 28.

<sup>729</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 3068 (XXVIII), del 30 de noviembre de 1973, y en vigor desde el 18 de julio de 1976.

preocupación tanto de la Asamblea General de la ONU como de la Conferencia General de la UNESCO, que han aprobado sendas resoluciones especialmente dirigidas a combatir la intolerancia en esas esferas. Según la Asamblea General de la ONU, la religión o las convicciones constituyen, para quien las profesa, uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida; por ello, el desprecio y la violación de la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de cualesquiera otras convicciones han causado directa o indirectamente guerras y grandes sufrimientos a la humanidad, especialmente en los casos en que sirven de medio de injerencia extranjera en los asuntos internos de otros Estados, y equivalen a instigar el odio entre los pueblos y las naciones.<sup>730</sup>

Más que en la libertad individual, que sirve de principio orientador de la libertad de expresión, esta circunstancia pone el acento en la dignidad individual y en el derecho a un trato igualitario que ella lleva consigo. Puede afirmarse que por lo menos en esta esfera la balanza se ha inclinado en favor del principio de la no discriminación, confiriéndole una posición prioritaria frente al no menos importante derecho a expresarse. Según Owen M. Fiss, el Estado regula las expresiones de odio bajo la teoría de que ellas denigran el valor y la dignidad de quienes son sus víctimas y de los grupos a los que ellos pertenecen,<sup>731</sup> además, esas expresiones de odio pueden hacer imposible que los grupos sociales así descalificados puedan siquiera participar en el debate.<sup>732</sup> En opinión de Fiss, al preferir el derecho a expresarse de un grupo frente al mismo derecho de otro, el Estado estaría pronunciándose a favor de una concepción democrática de la libertad de expresión, en contraposición a una concepción puramente libertaria,<sup>733</sup> desde luego, al excluir los mensajes de odio del ámbito de la expresión protegida se está formulando un juicio de valor sobre el sentido de la democracia y sobre los propósitos de la libertad de expresión, que obviamente no están diseñados para destruir la dignidad individual.

Los términos en que se ha consagrado la libertad de expresión en los instrumentos internacionales que comentamos indican que, con el propó-

<sup>730</sup> Cfr. el preámbulo de la Declaración sobre la Eliminación todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, proclamada por la Asamblea General de la ONU el 25 de noviembre de 1981.

<sup>731</sup> Cfr. *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 11.

<sup>732</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>733</sup> *Ibidem*, p. 17.

sito de preservar ciertos valores especialmente relevantes, esta libertad no puede ser absolutamente neutral. En efecto, la lucha contra el racismo y el resurgimiento de un nacionalismo exacerbado, unido al fanatismo religioso, como elementos a partir de los cuales se discrimina a inmensos sectores de la población, ha conducido a los Estados y a la sociedad internacional a prohibir expresiones de esta naturaleza. En este sentido, es bueno recordar que al término de la Segunda Guerra Mundial, entre los grandes criminales de guerra nazis, los aliados acusaron de crímenes contra la humanidad a Julius Streicher, fundador y editor de un semanario antisemita —*Der Stürmer*—, que persuadió a un inmenso sector de una nación para odiar a los judíos, y que proporcionó el punto de referencia para las políticas racistas de Adolfo Hitler y para las leyes de Núremberg de 1935; por difundir esos mensajes racistas, el Tribunal de Núremberg encontró culpable a Streicher de crímenes contra la humanidad y lo condenó a la horca. Más recientemente, con motivo del genocidio y los crímenes contra la humanidad cometidos contra los miembros de la etnia tutsi en Ruanda, los fiscales del Tribunal Penal Internacional para la Persecución de las Personas Responsables de Genocidio y otros Graves Crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario Cometidos en el Territorio de Ruanda,<sup>734</sup> en lo que se ha conocido como “el proceso a los medios”, acusaron a Ferdinand Nahimana y Jean-Bosco Barayagwiza, que controlaban la radio emisora Mil Colinas —conocida como Radio Odio— y a Hasan Ngeze, editor del diario *Kangura*, responsabilizándolos de multiplicar el odio étnico y persuadir a la gente a asesinar a los tutsis y hutus moderados, incitando al genocidio a través de las consignas lanzadas desde la radio y de la prensa, durante la matanza de más de 800,000 personas en Ruanda durante 1994.

Al igual que en lo que concierne a la prohibición de la propaganda de guerra, la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene ninguna limitación en cuanto a la apología del odio nacional, racial o religioso. Sin embargo, en su artículo 14, ella señala que “el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como las fundadas en el sexo, la raza, el color, el idioma, la religión, las opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacio-

<sup>734</sup> Creado mediante resolución del Consejo de Seguridad de la ONU núm. 955, del 8 de noviembre de 1994.

nal, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación”; en esta disposición parece estar implícita la limitación que comentamos, pudiendo alegarse para excluir mensajes de odio nacional, racial o religioso. Además, tampoco debe olvidarse lo dispuesto por el artículo 17 de la Convención Europea, que señala que ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendiente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la Convención. En todo caso, algunos jueces de la Corte Europea de Derechos Humanos han señalado que la democracia es el único modelo político contemplado por la Convención, y que una de las principales características de la democracia radica en la posibilidad que ella ofrece de resolver los problemas de un país a través del diálogo, sin recurrir a la violencia; en su opinión, la incitación a la violencia es la negación del diálogo en favor de la confrontación por vía de la fuerza, y no estaría dentro del ámbito de expresión protegida por el artículo 10 de la Convención Europea.<sup>735</sup> En su opinión, la violencia como medio de expresión política es la antítesis de la democracia e, independientemente de los fines que persiga, la incitación a la misma debilita la democracia.<sup>736</sup>

Como se desprende de su jurisprudencia, la Corte Europea de Derechos Humanos está plenamente consciente de la importancia vital de combatir la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones; por lo tanto, ella no ha sido indiferente a la circunstancia de que los países partes en la Convención Europea de Derechos Humanos también han ratificado la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, a cuyo objeto y propósito le atribuye un peso considerable en la determinación de la necesidad de cualquier restricción de la libertad de expresión. Por consiguiente, la Corte entiende que, al interpretar las obligaciones asumidas por los Estados en materia de libertad de expresión —de acuerdo con el artículo 10 de la Convención Europea— debe hacerlo de manera compatible con las obligaciones asumidas por los mismos Estados de acuerdo con la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de la discriminación

<sup>735</sup> *Cfr.* la opinión conjunta, parcialmente disidente, de los jueces Wildhaber, Pastor Ridruejo, Costa y Baka, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999.

<sup>736</sup> *Idem.*

racial.<sup>737</sup> Sin embargo, esto también supone ponderar la importancia de la libertad de expresión con la necesidad de evitar ataques racistas. En tal sentido, en el caso *Jersild v. Denmark*, en que se condenó a un periodista y a la persona responsable de un programa noticioso de televisión por difundir una entrevista con miembros de un grupo racista, en el curso de la cual se profirieron expresiones racistas y despectivas respecto de ciertos grupos étnicos, la Corte Europea distinguió entre las sanciones penales impuestas a los entrevistados, por emitir opiniones que no estaban protegidas por la libertad de expresión, y la responsabilidad de los profesionales de la comunicación;<sup>738</sup> esta circunstancia fue criticada por los jueces disidentes, quienes estimaron que por esta vía se estaba atribuyendo mayor peso a la libertad de expresión de los periodistas, en desmedro de la protección de aquellos que tenían que sufrir mensajes de odio racial, pues la protección de las minorías raciales no puede tener menos peso que el derecho a impartir información, y porque los medios de comunicación también están obligados a adoptar una firme posición en contra de la discriminación y del odio racial.<sup>739</sup> En relación con la responsabilidad de los periodistas, el tribunal tuvo especialmente en cuenta que en la introducción que hizo el presentador de ese programa se hizo referencia a la reciente discusión pública y a comentarios de prensa sobre el racismo en Dinamarca, y se invitó a la audiencia a observar ese programa precisamente en ese contexto; además, en esa introducción se anunció que el objeto del programa era examinar algunos aspectos de ese problema, identificando a algunos individuos racistas, describiendo su mentalidad y sus antecedentes sociales.<sup>740</sup> El tribunal europeo señaló no tener dudas en cuanto a que ése era el objetivo de la entrevista, y en cuanto a que el propósito del programa no era la propagación de ideas racistas, sino que, muy por el contrario, éste buscaba exponer, analizar y explicar las ideas de un grupo de jóvenes (los *Greenjackets*), frustrados por su situación social, con antecedentes criminales y con actitudes violentas,

<sup>737</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafo 30.

<sup>738</sup> *Ibidem*, párrafo 35.

<sup>739</sup> Cfr. la opinión disidente de los jueces Ryssdal, Bernhardt, Spielmann y Loizou, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafos 2, 4 y 5 de la opinión disidente.

<sup>740</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafo 33.

presentando así algunos aspectos específicos de un problema del mayor interés público, por lo que el propósito de ese programa no podía considerarse racista.<sup>741</sup> Aunque en este programa no se hizo referencia expresa a la inmoralidad, el peligro o la ilegalidad de mensajes que promuevan el odio racial o la superioridad de una raza, el argumento de los tribunales nacionales, en el sentido de que el programa de televisión habría sido presentado sin procurar mantener un adecuado equilibrio ofreciendo otros puntos de vista que respondieran a las ideas extremistas de los entrevistados, tampoco convenció a la Corte Europea, pues, en su opinión, tanto el presentador del programa como el periodista que hizo la entrevista claramente se habrían mostrado en desacuerdo con las ideas de los entrevistados, ya sea describiéndolos como “miembros de un grupo de jóvenes extremistas” que apoyaban al Ku Klux Klan, y por la referencia que se hizo a los antecedentes criminales de los entrevistados; además, la Corte observó que el periodista había refutado algunas de las afirmaciones racistas hechas por los entrevistados, y que, tomado en su conjunto, ese programa transmitía la idea de que las expresiones racistas del grupo *Greenjackets* eran parte de una actitud antisocial.<sup>742</sup> A juicio del tribunal, teniendo en cuenta el hecho indiscutible de que el propósito de este programa no era racista, las sanciones penales impuestas por su difusión tanto al periodista autor de la entrevista como al responsable de dicho programa no eran necesarias en una sociedad democrática, eran desproporcionadas para proteger la reputación de otros, y, por lo tanto, constituían una violación de la libertad de expresión.<sup>743</sup>

En cuanto al Pacto de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se puede apreciar que la garantía de que la ley prohibirá la apología del odio nacional, racial o religioso no es absoluta, sino que está condicionada a que ella constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, en el caso del Pacto, o que constituya una incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por motivos de raza, color, religión, idioma u origen nacional, en el caso de la Convención Americana. No obstante las diferencias en la redacción de ambos textos, no parece haber una diferencia sustancial entre ellos; aunque el

<sup>741</sup> *Ibidem*, párrafos 33 y 36.

<sup>742</sup> *Ibidem*, párrafo 34.

<sup>743</sup> *Ibidem*, párrafos 36 y 37.

Pacto excluye expresamente la “incitación a la discriminación”, la Convención Americana aparentemente logra el mismo objetivo impidiendo la incitación a cualquier acción ilegal en contra de cualquier persona o grupo de personas, por cualquier motivo, incluso los de raza, color, idioma, religión u origen nacional; aunque éste parece haber sido el propósito de los redactores, el mismo se ve ensombrecido por la circunstancia de que, según la Convención Americana, esta acción ilegal debe ser “similar” a la incitación a la violencia. En ambos casos, el Pacto y la Convención excluyen determinadas expresiones del ámbito de la expresión protegida, y las prohíben en los términos más absolutos.<sup>744</sup>

No obstante su estrecha relación con la violencia, es importante subrayar que ni lo que se prohíbe ni lo que se desea evitar es la violencia, que como cuestión de hecho es muy fácil de detectar, y que normalmente genera el establecimiento de responsabilidades penales. En realidad, esta disposición tiene un propósito más amplio, y apunta a prohibir aquellos mensajes de odio que, sin traducirse en una manifestación inmediata y directa de violencia, incitan a la discriminación por motivos de raza, origen nacional o creencias religiosas, lesionando la dignidad individual. En este sentido, las disposiciones que comentamos no pueden confundirse con las restricciones que se pueden imponer a la libertad de expresión con el propósito de proteger el orden público. Sin embargo, por muy razonables que sean los motivos que la inspiran, esta disposición encierra el peligro de censurar las ideas; en este sentido, el juez Oliver Wendell Holmes sostenía que:

Toda idea es una incitación... La única diferencia entre la expresión de una opinión y una incitación en sentido estricto es el entusiasmo del orador por el resultado. La elocuencia puede ponerle fuego a la razón; pero cualquiera que sea lo que se pueda pensar del discurso redundante ante nosotros, no tiene ninguna oportunidad de iniciar una conflagración en el

<sup>744</sup> Sin embargo, debe observarse que si bien el texto en castellano señala claramente que “estará prohibida por la ley” toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción similar contra cualquier persona o grupo de personas, por cualquier motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional, la versión en inglés no dice que tales expresiones estarán “prohibidas”, sino que, simplemente, ellas “shall be considered as offenses punishable by law”. Por consiguiente, según la versión inglesa tales expresiones no serían susceptibles de censura previa, sino sólo de responsabilidades ulteriores.

momento actual. Si a la larga las creencias expresadas en una dictadura del proletariado están destinadas a ser aceptadas por las fuerzas dominantes de la comunidad, el único significado de la libertad de expresión es que ellas deberían tener la oportunidad de salirse con la suya.<sup>745</sup>

A juicio de William Douglas, la Constitución de los Estados Unidos no traza una línea fronteriza entre la promoción de las ideas en abstracto y la promoción de la acción política propiamente tal; pero la calidad de la promoción es el resultado de la profundidad de las convicciones, y el Estado no está facultado para invadir ese santuario de las creencias y de la conciencia.<sup>746</sup>

Según el Comité de Derechos Humanos, esta prohibición, que es plenamente compatible con el derecho a la libertad de expresión enunciado en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está dirigida contra toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, tanto si tal propaganda o apología tiene fines internos al Estado de que se trata como si tiene fines externos a ese Estado.<sup>747</sup>

La importancia de proteger a las personas de mensajes xenófobos o racistas no ha sido ajena a la legislación y a la jurisprudencia de los tribunales nacionales. En tal sentido, interpretando el artículo 14 de la Ley de Libertad de Prensa de Francia, adoptada el 29 de julio de 1881, que permite prohibir la circulación, distribución o venta de periódicos u otros escritos, de publicación periódica o no, redactados en idioma extranjero, así como los periódicos y escritos provenientes del extranjero redactados en francés, ya sea que hubieran sido impresos en Francia o en el extranjero, el Consejo de Estado francés entendió que el ejercicio de esa facultad requería de alguna circunstancia que la justificara, entre las cuales podía mencionarse la lucha en contra de ideologías racistas, y particularmente de la ideología del nacional socialismo.<sup>748</sup>

<sup>745</sup> *Cfr.* su opinión disidente en *Gitlow v. People of State of New York*, 268 U.S. 652 (1925).

<sup>746</sup> *Cfr.* su opinión concurrente en *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

<sup>747</sup> *Cfr.* sus "Observaciones generales formuladas con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto", Observación general 11, párrafo 2, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Suplemento núm. 40 (A/38/40), Nueva York, Naciones Unidas, 1983, p. 112.

<sup>748</sup> *Cfr.* decisión del Consejo de Estado francés del 17 de abril de 1985, citada por la Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire Association Ekin c. France*, sentencia del 17 de julio de 2001, párrafo 30.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha tenido numerosas oportunidades de pronunciarse sobre la propaganda racial. En el caso *Beauharnais v. Illinois*, al examinar la constitucionalidad de una ley que prohibía la publicación o exhibición de cualquier impreso que presentara a una clase de ciudadanos —por razón de su raza, color, credo o religión— como depravados, criminales, impúdicos o carentes de virtudes, o que la expusiera al desprecio, al escarnio o al vilipendio público; pero este asunto fue visto como “daño a la reputación” de las personas más que como apología del odio en contra de un grupo. A juicio de la Corte, “si una aseercción dirigida a un individuo puede ser objeto de sanciones penales, no podemos negarle al Estado el poder de castigar esas mismas aseercciones dirigidas a un grupo definido...”.<sup>749</sup> Sin embargo, años después, en *Brandenburg v. Ohio*, en presencia de una ley que sancionaba a cualquier persona que defendiera o promoviera el deber o la necesidad de recurrir a la violencia como medio para lograr reformas laborales o políticas, la cual había sido aplicada en el caso de un dirigente del Ku Klux Klan que había pronunciado un discurso en el que, junto con amenazar con tomar venganza si las autoridades del Estado continuaban postergando a la raza blanca, también se pronunciaron frases despectivas de los negros y de los judíos, invitándolos a que regresaran a África y a Israel, ese mismo tribunal se apartó de decisiones anteriores suyas, y se inclinó por una visión de la libertad de expresión que tiene carácter absoluto. La Corte sostuvo como principio que la garantía constitucional de la libertad de expresión no permite a un Estado prohibir o proscribir la defensa del uso de la fuerza, o de la violación de la ley, excepto si esa defensa está dirigida a incitar o producir acciones ilegales inminentes, y si probablemente está en capacidad de incitar a tal acción o de producirla. De manera que, para este tribunal, la mera promoción en abstracto de la conveniencia o de la necesidad moral de recurrir a la fuerza y a la violencia no sería lo mismo que preparar a un grupo para la acción violenta y conducirlo a esa acción; a juicio del tribunal, una ley que omite realizar esa distinción invade ilegítimamente la libertad de expresión.<sup>750</sup> Asimismo, la Corte declaró inconstitucional una ordenanza de la ciudad de St. Paul, en el estado de Minnesota, que sancionaba como una falta el desplegar, en propiedad pública o privada, cualquier símbolo, objeto, proclama, carac-

<sup>749</sup> *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

<sup>750</sup> *Cfr. Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

terización o graffiti, entre los que mencionaba expresamente el quemar una cruz (símbolo asociado con el Ku Klux Klan para transmitir la idea de que los negros no son bienvenidos en una comunidad), o una swastika nazi, que razonablemente pudiera despertar disgusto, alarma o resentimiento, generando alteraciones del orden público;<sup>751</sup> la Corte objetó que dicha ordenanza no prohibiera igualmente tanto los mensajes racistas como los antirracistas, y señaló que la ciudad de St. Paul no tenía autoridad para conferir licencia a una de las partes en el debate, la cual podía recurrir a la lucha libre, mientras el otro bando debía observar las reglas del marqués de Queensbury.<sup>752</sup> En el mismo sentido, en el caso Skokie, los tribunales federales declararon inconstitucional una ordenanza municipal que, *inter alia*, prohibía la diseminación de materiales que promovían el odio hacia las personas en razón de su herencia, y que prohibían utilizar uniformes militares durante una reunión a los miembros de un partido político nazi;<sup>753</sup> en este mismo caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional la negativa de suspender una orden prohibiendo al referido partido nazi marchar y desplegar los símbolos nazis en ausencia de estrictas garantías procesales que incluyeran la posibilidad de apelar ante una instancia superior.<sup>754</sup> Sin embargo, a juicio de Owen Fiss, el enfoque adoptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sido permitir regulaciones de la expresión, pero confinadas al dominio estrictamente necesario para permitirle al Estado desarrollar sus otras funciones vitales.<sup>755</sup> No parece ser ese el sentido de lo dispuesto por el artículo 20, número 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que requiere sólo dos elementos para excluir una expresión del ámbito jurídicamente protegido: a) que ella sea una apología del odio nacional, racial o religioso, y b) que la misma constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Es decir, en una interpretación literal de esta última disposición, no es indispensable que el mensaje objeto de esta limitación a la libertad de expresión produzca necesariamente actos de hostilidad o de violencia, o que tenga la capacidad de

<sup>751</sup> Cfr. *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota*, 112 U.S. 538 (1992).

<sup>752</sup> *Idem*.

<sup>753</sup> Cfr. *Collin v. Smith*, 578 F. 2d 1197 (7<sup>th</sup> Cir.).

<sup>754</sup> Cfr. *Nationalist Socialist Party v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

<sup>755</sup> Cfr. "The right kind of neutrality", 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. 81.

producirlos; en el espíritu del Pacto, lo que descalifica este tipo de mensajes es fundamentalmente el desprecio por la dignidad humana, y sólo secundariamente el efecto que puedan tener en el mantenimiento del orden público.

En contraste con la jurisprudencia de los tribunales federales estadounidenses, los tribunales canadienses han rechazado que la libertad de expresión, consagrada en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, se haga extensiva a grupos antisemitas o neonazis, e incluso a quienes la existencia del holocausto nazi. En tal sentido, se ha señalado que un maestro procesado penalmente por manifestar ideas antisemitas a sus alumnos no goza de la garantía de la libertad de expresión;<sup>756</sup> asimismo, los tribunales canadienses se han negado a extender la garantía de la libertad de expresión a un grupo de personas que propiciaba la supremacía de la raza blanca, procesadas por publicar un periódico antisemita en el que se señalaba que el holocausto nazi era un invento zionista,<sup>757</sup> al igual que a un grupo de personas que operaban un servicio de mensajes telefónicos pregrabados, denigrando de “la raza judía y de su religión”.<sup>758</sup>

En fecha más reciente, en el caso de una historieta cómica, titulada *Hitler-SS*, en la que se ridiculizaba y se negaba la existencia de los campos de exterminio nazis, utilizando frases y escritos del líder de la extrema derecha francesa, Jean Marie Le Pen, el Tribunal Constitucional español sostuvo que la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos a costa de la humillación de sus víctimas, no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático.<sup>759</sup> Según el tribunal, “un “comic”, como éste, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como libelo, por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra.”<sup>760</sup>

En cuanto a la forma de impedir este tipo de mensajes, además de la censura o la sanción penal de los mismos, en el caso de quienes son co-

<sup>756</sup> Cfr. *Regina v. Keegstra*, 3 S.C.R. 697 (1990).

<sup>757</sup> Cfr. *Regina v. Andrews*, 3 S.C.R. 870 (1990).

<sup>758</sup> Cfr. *Canadian Human Rights Commission v. Taylor*, 3 S.C.R. 892 (1990).

<sup>759</sup> Cfr. la sentencia núm. 176/1995, del 11 de diciembre de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 1421/1992, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 12 de enero de 1996, núm. 11 (suplemento).

<sup>760</sup> *Idem*.

nocidos por su activismo negando el holocausto nazi y ofendiendo a sus víctimas, algunos países —tales como Alemania, Austria, Italia y Canadá— les han impedido el ingreso a los mismos.<sup>761</sup>

Por otra parte, los relatores especiales designados por la ONU para examinar la libertad de expresión han sugerido que convendría que los instrumentos internacionales sobre esta materia, en lugar de justificar medidas que limitan la libertad de expresión, desempeñen una función pedagógica, y no utilicen el término “raza”, que en relación con los seres humanos no tiene ninguna significación científica; en su opinión, el reconocimiento inequívoco de la unicidad de la raza humana parece ser el requisito previo indispensable para luchar contra el racismo.<sup>762</sup>

### 3. *La prohibición de la discriminación basada en el sexo*

Es interesante observar que en ninguno de los instrumentos internacionales antes referidos se menciona la discriminación basada en el sexo; sin embargo, debe tenerse presente que los Estados partes en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en el artículo 2 de la misma Convención, condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, y se han comprometido a garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación, y a abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación. Además, de acuerdo con el artículo 5 de la citada Convención, los Estados partes se han comprometido a tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad

<sup>761</sup> *Cfr.*, en este sentido, la sentencia de Justice Gray, en David John Cawdell Irving, claimant, and Penguin Books Limited, 1<sup>st</sup> defendant, and Deborah E. Lipstadt, 2<sup>nd</sup> defendant, High Court of Justice, Queen’s Bench Division, 1996 -I- 1113, del 11 de abril de 2000, párrafo 2.4 de la sentencia.

<sup>762</sup> *Cfr.* E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por Danilo Türk y Louis Joinet, relatores especiales, párrafo 107.

o superioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. En virtud de estas disposiciones, los anuncios de prensa, en materia de empleo o de otro tipo, que discriminan en función del sexo, tampoco estarían dentro del ámbito de expresión protegida.

## II. LAS RESTRICCIONES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

...el debate sobre asuntos de interés público debe ser sin impedimentos, robusto, y ampliamente abierto; eso bien puede incluir ataques vehementes, mordaces, y a veces sarcásticamente desagradables contra funcionarios gubernamentales.

William BRENNAN, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *New York Times Co. v. Sullivan*.

La tesis más extrema del liberalismo clásico confiere a la libertad de expresión una jerarquía dominante que la hace invulnerable. El mismo sentido de la palabra “libertad” sugiere una ausencia absoluta de trabas o de injerencias de la autoridad, situando al individuo por encima de la sociedad y el Estado, incluso en un contexto típicamente social, como es el que supone la libertad de expresión. Nada menos que Alexander Meiklejohn, uno de los más reconocidos teóricos de la libertad de expresión, partiendo de la premisa de que la libertad de expresión es una responsabilidad de gobierno, y que ella es un instrumento del proceso político que conduce a la toma de decisiones en democracia, sostenía que la libertad de expresión así entendida es una libertad absoluta y sin condiciones, que goza de plena inmunidad en la discusión de asuntos públicos; en su opinión, si la Constitución de los Estados Unidos confiere inmunidad a los miembros del Congreso por las opiniones que emitan en el uso de sus poderes delegados, con mayor razón, el pueblo debe ser absolutamente libre en el ejercicio de sus poderes reservados.<sup>763</sup>

Por el contrario, a pesar del carácter absoluto en que está formulada la libertad de expresión en la primera enmienda a la Constitución de los

<sup>763</sup> Cfr. “The First Amendment is an Absolute”, *The Supreme Court Review*, 1961, p. 256.

Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, siendo juez de la Corte Suprema de ese país, rechazó que incluso la más estricta garantía de la libertad de expresión pudiera interpretarse en el sentido de proteger a quien cause pánico gritando falsamente “fuego”, en un teatro atestado de público; en su opinión, esta libertad tampoco protege a alguien de un mandato judicial que le prohíba proferir palabras que puedan tener todo el efecto de la fuerza.<sup>764</sup> Incluso un firme defensor de la libertad de expresión, como Alexander Meiklejohn, refiriéndose a la que él denomina las paradojas de esta libertad, ha observado que, aunque el principio básico sea que ella no podrá ser coartada, una reunión ni siquiera puede comenzar si no hay un moderador que restrinja el uso de la palabra y ponga orden señalando algunas reglas de procedimiento tanto para que cada uno pueda hablar como para exigir que el orador se refiera al punto específico de la agenda que está en discusión; mientras esa persona está en el uso de la palabra, nadie puede interrumpirlo si no es de acuerdo con las reglas de procedimiento previamente acordadas. Quien no se ajuste a esas reglas puede incluso ser expulsado de la sala. Pero, en su opinión, la libertad de expresión no significa que toda persona tenga el derecho inalienable de hablar cuando quiera, donde quiera y como quiera.<sup>765</sup>

De acuerdo con Thomas Streeter, hay una tendencia a interpretar los enfoques más recientes sobre la libertad de expresión como si éstos ofrecieran simples excepciones a los claros principios y reglas que regulan el ejercicio de este derecho, y como si la pornografía o el racismo constituyeran males tan excepcionales que caen fuera de los parámetros de lo que, de otra manera, forma parte de la expresión protegida; en su opinión, tal percepción ignora el hecho de que estos nuevos enfoques involucran desafíos teóricos y epistemológicos que forman parte de las premisas en que se sustenta la libertad de expresión, por lo que no constituyen excepciones, sino un redimensionamiento de esta libertad en su conjunto.<sup>766</sup> Asimismo, Cass R. Sustein ha observado que las regulaciones de la expresión, en ciertas circunstancias, podrían promover la li-

<sup>764</sup> Cfr. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

<sup>765</sup> Cfr. *Free Speech and its Relation to Self-Government*, Nueva York, Harper & Row, Publishers, 1948, pp. 22 y ss.

<sup>766</sup> Cfr. Thomas Streeter, “Some thoughts on 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. 31.

bertad de expresión, y que, por lo tanto, no deberían ser tratadas como restricciones de la misma.<sup>767</sup>

A pesar de su importancia fundamental, sería absurdo no trazar los contornos precisos de la libertad de expresión y someter su ejercicio a condiciones que hagan posible la preservación de otros derechos e intereses igualmente valiosos, que sirven al interés general. A pesar de los términos categóricos de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, la Corte Suprema de ese país ha entendido que la libertad de expresión que es asegurada por la Constitución no confiere el derecho absoluto de hablar sin responsabilidad sobre cualquier tema que uno elija, o una licencia irrestricta y sin freno que confiera inmunidad para cualquier uso posible del lenguaje, impidiendo el castigo de aquellos que abusan de esta libertad; según el citado tribunal, no está en discusión que, en el ejercicio de sus poderes de policía, un Estado puede castigar a aquellos que abusan de esta libertad mediante expresiones hostiles al bienestar general, que tienden a incitar al crimen, alterar la paz pública, o poner en peligro las bases de un gobierno organizado y amenazar su derrocamiento por medios ilícitos.<sup>768</sup> Ciertamente, siempre puede haber dudas en cuanto a la rectitud de propósitos de la autoridad que interpreta lo que es el interés general; pero no debiera haberlas en cuanto a la existencia de razones superiores que, eventualmente, se sitúen en el camino de la libertad de expresión. Por consiguiente, no toda medida que interfiera con la expresión de informaciones o ideas constituye necesariamente una violación de la libertad de expresión; en realidad, si esa interferencia satisface ciertas condiciones, ella puede ser legítima.

Pero lo anterior no implica renunciar, como cuestión de principio, a que la libertad de expresión deba ser la regla, y a que cualquier restricción sólo se justifique excepcionalmente, poniendo el peso de la prueba en quien alega dicha restricción y no en quien aspira a expresarse en la forma más amplia posible; en consecuencia, debemos examinar cuidadosamente qué tienen de excepcional esas circunstancias que permiten apartarnos de la regla general y que permiten que otros derechos o intereses prevalezcan sobre la libertad de expresión. Por lo tanto, deben

<sup>767</sup> 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. 55.

<sup>768</sup> Cfr. *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

adoptarse todas las medidas indispensables, a fin de proteger la esencia del derecho que comentamos y asegurar su carácter fundamental. Lo anterior supone que el núcleo de la libertad de expresión, cualquiera que éste sea, no puede ser objeto de medidas restrictivas. Sobre este particular, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que en el conflicto entre las libertades de expresión e información, por un lado, y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, no cabe considerar que la libertad de expresión e información sea absoluta; pero tampoco puede atribuirse ese carácter absoluto a las restricciones a que han de someterse esos derechos y libertades.<sup>769</sup> En este sentido, refiriéndose a la ponderación de la libertad de expresión con los derechos de otros, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que se debe tomar en consideración: a) la posición de quien alega haber sido víctima de una restricción de esa libertad, b) la posición de quienes han recurrido a los tribunales nacionales solicitando esa medida restrictiva de la libertad de expresión, y c) la materia objeto de debate.<sup>770</sup>

Desde otro punto de vista, tampoco se puede descartar que cuando el poder acumulado en manos de particulares ahogue la libre expresión de las opiniones, el Estado deba intervenir precisamente para hacer posible el debate público, ya sea asignando recursos a aquellos cuyas voces de otra forma no serían oídas, o incluso silenciando temporalmente a algunos, para permitir que se oigan las voces de todos;<sup>771</sup> pero, más que una restricción de la libertad de expresión, estas medidas constituirían un instrumento para facilitarla. Por otra parte, la intervención del Estado también puede ser el resultado de las exigencias derivadas del derecho a un trato igualitario, el cual lleva implícita la prohibición de la discriminación. La prohibición de los mensajes de odio, o la regulación de los gastos electorales, pueden situarse precisamente en esta categoría; asimismo, algunos autores han sugerido la naturaleza supuestamente discriminatoria de la pornografía, en cuanto reduce a las mujeres a simples ob-

<sup>769</sup> Cfr. la sentencia núm. 78/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 3694/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, núm. 147 (suplemento).

<sup>770</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Jerusalem v. Austria*, sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 35.

<sup>771</sup> Cfr. Fiss, Owen M., *The Irony of Free Speech*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1996, p. 4.

jetos sexuales que conduce al desprecio de su dignidad intrínseca, como base para prohibirla.<sup>772</sup>

La posibilidad de emplear todos los medios apropiados para sancionar los abusos de la libertad de expresión, o para impedir que mediante ella se pueda lesionar un interés prevaleciente, es de la mayor importancia práctica. Aunque probablemente es en los Estados Unidos en donde la libertad de expresión ha encontrado un desarrollo más sólido, sus tribunales nunca han pretendido que éste es un derecho absoluto en todo momento y bajo toda circunstancia; según Fiss, la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que con simplicidad magistral establece que el Congreso no hará ninguna ley que restrinja la libertad de expresión o la de prensa, no puede ser vista como una prohibición absoluta de toda regulación estatal de la expresión, sino como un mandato que impone límites estrictos a la autoridad del Estado.<sup>773</sup> En este sentido, hay ciertos tipos de expresión, muy bien definidos y cuyos contornos han sido estrechamente delimitados, que a juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos no parecen presentar dificultades constitucionales, y que en una primera formulación podrían incluir las expresiones lascivas u obscenas, el lenguaje profano, las expresiones calumniosas y las palabras injuriosas o agresivas, que por su mera pronunciación tienden a infligir injuria, o que inmediatamente incitan a una alteración del orden público. Según dicho tribunal, tales expresiones no son parte esencial de ninguna exposición de ideas, y son de tan escaso valor social como un paso hacia la verdad que cualquier beneficio que pueda derivar de ellas se ve claramente superado por el interés social en el orden y la moralidad.<sup>774</sup> Lo anterior refleja el esfuerzo del tribunal por mantener un sano equilibrio entre la libertad de expresión y otros bienes jurídicos con los que el ejercicio de la misma debe armonizarse.

<sup>772</sup> Cfr., por ejemplo, Dworkin, Andrea y MacKinnon, Catharine A., *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality*, Organizing Against Pornography, Minneapolis, 1988. También, MacKinnon, Catharine A. y Posner, Richard, *Derecho y pornografía* (con introducción de María Mercedes Gómez), Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1997.

<sup>773</sup> Cfr. *The Irony of Free Speech*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1996, p. 5.

<sup>774</sup> Cfr. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). Como se podrá observar en las páginas que siguen, la tesis enunciada por la Corte en esta sentencia ha sido objeto de sucesivas modificaciones, producto del cambio de circunstancias y de la composición del tribunal.

En consecuencia, la libertad de expresión tampoco puede convertirse en un fetiche, o en una libertad sagrada que deba prevalecer a toda costa, sin ningún esfuerzo por hacer explícitas las razones por las cuales debe imponerse; precisamente por su importancia en una sociedad democrática, cualquier conflicto de la libertad de expresión con otros intereses debe ser debidamente ponderado, sin descartar a priori la relevancia de estos últimos. Pero la ponderación a que estamos haciendo referencia no debe entenderse en el sentido que se le ha atribuido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, como el estudio particularizado de cada caso que se presente, con soluciones que tradicionalmente parecen inclinarse a favor de las restricciones a la libertad de expresión; más bien, esa ponderación supone el establecimiento de pautas y criterios que, con independencia de todo caso concreto, permitan resolver los posibles conflictos que surjan entre la libertad de expresión y otros derechos o intereses dignos de protección.

En el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a reglas generales, aplicables a todos los derechos humanos, y a otras que son propias de la libertad de expresión. Entre estas últimas, la primera que hay que destacar es la que indica que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que, por ende, puede estar sujeta a restricciones. Desde luego, en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, tanto el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como los artículos 15 de la Convención Europea y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contemplan la posibilidad de que en la medida estrictamente requerida por esas circunstancias, el Estado suspenda la libertad de expresión. Una opción menos drástica es la que, en circunstancias normales, permite al Estado someter el ejercicio de la libertad de expresión a determinadas restricciones previstas en las mismas disposiciones que la regulan. Sin embargo, ninguna restricción puede aplicarse de manera que anule o impida el ejercicio de la libertad de expresión; en efecto, el artículo 29, letra a), de la Convención Americana dispone que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse en el sentido de permitir que se suprima el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

Mientras que, en el contexto de los instrumentos internacionales de derechos humanos que ocupan nuestra atención, las “limitaciones” de la

libertad de expresión se refieren a aquello que está fuera del ámbito de la expresión protegida, es decir, fuera de los límites que le son propios, las “restricciones” son el resultado de ponderar el ejercicio pleno de la libertad de expresión con otros derechos o intereses igualmente dignos de protección, a fin de lograr un sano equilibrio entre los mismos, permitiendo coartar el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, a diferencia de las limitaciones, el ámbito de operación de las restricciones recae sobre lo que normalmente forma parte de la expresión protegida, permitiendo a los Estados regularla de una manera que reduce las posibilidades de ejercerla, ya sea limitando el contenido del mensaje o la forma en que éste se puede transmitir. Sobre este particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido por “restricción” una conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión.<sup>775</sup>

### *1. Las restricciones derivadas del derecho de los derechos humanos*

Los distintos instrumentos de derechos humanos previamente citados incorporan disposiciones que señalan algunos límites inherentes en el concepto mismo de tales derechos, pero también incorporan otros elementos que el Estado no puede ignorar al momento de restringir el ejercicio de esos derechos. Por ejemplo, el artículo 32, número 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos recuerda que los derechos allí consagrados están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática. No cabe duda que cada una de estas circunstancias obliga a los defensores de la libertad de expresión a colocarse a la defensiva.

No obstante, en la medida en que los derechos humanos no se pueden restringir con ligereza, ese equilibrio armónico que debe existir entre la libertad de expresión y otros intereses, y que el Estado tiene el deber de preservar, también está sometido a requerimientos muy precisos. En particular, esas restricciones están permitidas sólo si ellas son necesarias para preservar un interés legítimo, y si son proporcionadas al daño que se pretende evitar.

<sup>775</sup> *Cfr.* La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 35.

El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala, en el párrafo 3, que el ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 del mismo artículo “entraña deberes y responsabilidades especiales”, circunstancia que puede servir de simple introducción a la lista de restricciones legítimas que se indican a continuación, o que puede recoger una norma jurídica de carácter general, con un valor independiente, que se suma a las demás restricciones que allí se indican, y cuyo contenido habrá que precisar. Asimismo, según el artículo 10, número 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos, quien ejerce la libertad de expresión asume deberes y responsabilidades, que incluyen la obligación de evitar expresiones ofensivas o que infrinjan los derechos de otros.<sup>776</sup>

En cuanto a la Convención Europea de Derechos Humanos, el artículo 16 establece que ni la libertad de expresión ni la libertad de reunión ni la prohibición de la discriminación impedirán a un Estado parte imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros. Además, el artículo 17 de la Convención establece que ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendiente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la Convención. Por su parte, el artículo 63 de la versión original de la Convención —artículo 56 de su versión actual, luego de la entrada en vigor del Protocolo número 11— establece que las disposiciones de la Convención se aplicarán a los territorios por los que el Estado sea responsable de la conducción de sus relaciones internacionales y que haya incluido en su respectivo instrumento de ratificación; sin embargo, en el párrafo 3 se señala que, respecto de esos territorios, las disposiciones de la Convención se aplicarán “con debida consideración a los requerimientos locales”. Esta disposición fue invocada por Francia en el caso *Piermont v. France*, señalando como tales requerimientos locales las especiales características que presentaría proteger el orden público en los territorios del Pacífico, teniendo en cuenta su condición de islas, su distancia del territorio metropolitano, y la especialmente tensa atmósfera política imperante en esos territorios durante los años 1985 y 1986. No obstante, la Corte Europea observó que este argumento se relacionaba fundamentalmente con la tensión política existente en el momento de

<sup>776</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 49.

una campaña electoral y que, por lo tanto, enfatizaba “circunstancias y condiciones” más que “requerimientos”; porque, en su opinión, una situación política sensible, que en todo caso también podía ocurrir en la metrópoli, no podía ser interpretada como parte de los “requerimientos locales” a que hacía referencia el artículo 63, justificando una interferencia con la libertad de expresión.<sup>777</sup>

Sin embargo, como podremos apreciar en los párrafos que siguen, muchos de estos requerimientos se confunden con aquellos que son aplicables a las restricciones propias de la libertad de expresión.

## *2. Las restricciones propias de la libertad de expresión*

En principio, el Estado no puede regular ni la forma ni el contenido del discurso. El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos tampoco señala restricciones específicas al ejercicio de la libertad de expresión; pero ésta nunca ha sido absoluta, ni tampoco sería conveniente que lo fuera. De ser así, no se podría sancionar el chantaje (que se vale de la expresión) ni el perjurio, ni se podrían proteger informaciones confidenciales. Por tal razón, el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al igual que el artículo 13 de la Convención Americana y el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, se refieren a estas restricciones de manera muy detallada. En efecto, el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto expresa que:

El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

De manera similar, el párrafo 2 del artículo 13 de la Convención Americana dispone que la libertad de expresión puede estar sujeta a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la re-

<sup>777</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Piermont v. France*, sentencia del 20 de marzo de 1995, párrafos 54 al 59.

putación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.

En lo que concierne a la Convención Europea, ella dispone, en el párrafo 2 del artículo 10, que el ejercicio de la libertad de expresión

puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de otro, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales, o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

De manera que en este texto se incorporan algunos elementos adicionales no previstos en el Pacto o en la Convención Americana.

Las restricciones a que se refieren las disposiciones precedentemente citadas pueden clasificarse atendiendo a posibles conflictos de la libertad de expresión: a) con los derechos de otro u otros, o b) con otros intereses. En segundo lugar, y como ya indicáramos precedentemente, tales restricciones pueden estar basadas en el contenido del mensaje, teniendo un efecto directo sobre qué es lo que se puede decir, o pueden asumir una actitud neutral frente al contenido del mensaje, limitándose a regular las condiciones de lugar, tiempo o modo de la expresión, o las condiciones en que se puede hacer público aquello que forma parte de la expresión protegida. Pero, aunque —en el marco de los instrumentos internacionales que venimos comentando— la necesidad y conveniencia de restringir la libertad de expresión no se discute, conviene observar que la facultad del Estado para restringir este derecho está sometida a dos condiciones fundamentales: en primer lugar, y a fin de evitar la arbitrariedad y el capricho del gobernante, cualquier restricción que afecte la libertad de expresión debe estar expresamente señalada por la ley; en segundo lugar, el derecho de los derechos humanos sólo autoriza a restringir la libertad de expresión con alguno de los propósitos que él mismo indica y no con cualquiera finalidad. A estos dos requisitos, la Convención Europea de Derechos Humanos agrega dos elementos adicionales —que están implícitos tanto en el texto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— al indicar

que tal restricción debe ser “necesaria”, en el marco de “una sociedad democrática”.

Según la Corte Europea de Derechos Humanos, las restricciones a la libertad de expresión autorizadas por el artículo 10 de la Convención Europea deben interpretarse restrictivamente, y su necesidad debe establecerse de manera convincente.<sup>778</sup> En todo caso, cualquier obstáculo o barrera al ejercicio de la libertad de expresión debe interpretarse de manera restrictiva, y aplicarse sólo en aquellos casos en que tal restricción resulte absolutamente indispensable para proteger alguno de los derechos o intereses específicamente indicados por el derecho de los derechos humanos. Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estas restricciones “deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse”.<sup>779</sup> Desde el punto de vista formal, la Corte Interamericana ha sostenido que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información y solamente para lograr (los) fines que la propia Convención señala”.<sup>780</sup>

Por restricciones a la libertad de expresión nos referimos a cualquier medida que interfiera con el derecho a expresar nuestras opiniones, o con nuestro derecho a buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de todo tipo. El ejercicio de la libertad de expresión puede ser objeto de interferencias de distinto tipo; en presencia de una gama tan amplia de posibilidades, lo que hay que determinar es si ellas constituyen una violación del derecho protegido, o si, por el contrario, tal interferencia corresponde a alguna de las excepciones previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por consiguiente, en presencia de una interferencia de cualquier naturaleza hay que determinar: a) si ella se encuentra prevista en la ley; b) si persigue alguno de los propósitos legítimos señalados por los instrumentos internacionales de derechos humanos; c) si di-

<sup>778</sup> *Cfr.*, por ejemplo, su sentencia en el caso *The Observer and Guardian v. The United Kingdom*, del 26 de noviembre de 1991, párrafo 59.

<sup>779</sup> La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 37.

<sup>780</sup> La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 40.

cha restricción es proporcionada al propósito legítimo que se persigue, y d) si en una sociedad democrática esa restricción es necesaria para alguno de los objetivos antes referidos.

En los distintos instrumentos internacionales que comentamos se mencionan algunas circunstancias que apuntan claramente a restringir el contenido de la expresión; tal es el caso, por ejemplo, de la seguridad nacional, o de la reputación de los demás. Otras, en cambio, parecen estar orientadas a regular aspectos tangenciales y meramente adjetivos de la expresión, como —en principio— parece ser el caso de la restricción basada en el orden público. En fin, algunas de las circunstancias que autorizan a restringir el ejercicio de la libertad de expresión pueden estar dirigidas tanto al contenido de la expresión como a la forma en que ella se manifieste; tal es el caso, por ejemplo, de la salud o la moral públicas.

Un punto en el que los distintos instrumentos internacionales que comentamos coinciden plenamente es en el de señalar que estas restricciones son meramente facultativas, en cuanto la libertad de expresión “puede” estar sujeta a ciertas restricciones, y que, en todo caso, ellas deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar la vigencia de alguno de los derechos o intereses ya mencionados.<sup>781</sup>

Por otra parte, estos tres instrumentos discrepan en cuanto al fundamento de estas restricciones. En efecto, mientras el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea de Derechos Humanos sostienen que el ejercicio de la libertad de expresión “entraña deberes y responsabilidades especiales”, y que, en consecuencia, “puede estar sujeta a ciertas restricciones”,<sup>782</sup> la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el ejercicio de la libertad de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”, las que deben estar fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar alguno de los derechos o intereses ya indicados precedentemente. Según un principio firmemente establecido en el derecho de los derechos humanos, el principio *pro homine*, los problemas que deriven de la coexisten-

<sup>781</sup> Esto es, una vez que el Estado decide ejercer su derecho a restringir la libertad de expresión, sólo puede hacerlo para alguno de los propósitos legítimos señalados en el instrumento internacional respectivo, y cumpliendo con la formalidad de indicar en la ley los casos y circunstancias que, en su opinión, justifican dichas restricciones.

<sup>782</sup> En realidad, la Convención Europea no sólo somete la libertad de expresión a determinadas “restricciones”, sino que también a “formalidades”, “condiciones” o “sanciones”.

cia de estos instrumentos<sup>783</sup> deben resolverse haciendo prevalecer la norma que sea más favorable al individuo. En primer lugar, conviene recordar que, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, existe una prohibición absoluta de la censura previa, permitiendo únicamente hacer efectivas las responsabilidades ulteriores a que pudiera haber lugar, teniendo en cuenta los criterios señalados precisamente para ese efecto. Es decir, se admite el principio de que toda persona tiene derecho a manifestar las ideas u opiniones que le plazcan, pero que tal derecho no implica que la expresión de ideas u opiniones que resulten lesivas para un tercero, o para un interés social relevante, puedan quedar impunes. Sobre este particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la única restricción autorizada por el artículo 13 de la Convención Americana es la imposición de responsabilidades ulteriores, y que el ejercicio abusivo de la libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación.<sup>784</sup>

De manera similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere únicamente al propósito de las restricciones legítimas, pero sin indicar la naturaleza de las medidas en que esas restricciones se pueden traducir, o el efecto que ellas pueden tener sobre los derechos individuales; esta disposición no se refiere específicamente a ninguno de los medios que el Estado puede emplear para restringir la libertad de expresión ni tampoco excluye alguno en particular. En consecuencia, queda enteramente en manos del Estado la elección de los medios adecuados para el cumplimiento de esta función, debiendo, en todo caso, estar dirigidos a la protección de los derechos o intereses antes referidos, y ser necesarios y proporcionados para tal efecto.

Por su parte, la Convención Europea de Derechos Humanos señala que el ejercicio de la libertad de expresión puede estar sujeto a formalidades, condiciones, restricciones o penalidades. En la práctica, para el autor del mensaje que se objeta, el establecimiento de responsabilidades ulteriores, o la aplicación de sanciones penales, puede incluir medidas disciplinarias, multas, sanciones administrativas, suspensión o cancela-

<sup>783</sup> En particular, aquellos que resulten para un Estado del hecho de estar obligado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>784</sup> *Cfr.* Caso núm. 11.230, 3 de mayo de 1996, Francisco Martorell vs. Chile, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre casos particulares núm. 11/96.

ción de licencias o permisos, y, por supuesto, penas privativas de la libertad; pero, además de la sanción posterior por un mensaje inapropiado, estas medidas pueden tener un efecto inhibitorio o de autocensura, que coarte el intercambio de opiniones e ideas, y que restrinja el contenido del debate. Pero, en segundo lugar, ella condiciona expresamente el ejercicio de la facultad del Estado de elegir los medios adecuados para restringir la libertad de expresión, en función de los fines que ella menciona, a aquellos que sean “necesarios en una sociedad democrática”. Además, el párrafo 1 del artículo 10 de la Convención Europea señala expresamente que “el presente artículo no impedirá a los Estados el requerir licencia previa de las empresas de radiodifusión, teledifusión o cine”. En este sentido, entre los medios a los cuales el Estado puede recurrir para restringir la libertad de expresión, la Convención Europea contempla el someter ciertas formas de expresión a un régimen de autorizaciones previas o licencias.

Las circunstancias que permiten al Estado restringir la libertad de expresión no lo liberan de los compromisos que ha asumido internacionalmente en cuanto a respetarla y garantizarla, ni le confieren facultades arbitrarias para definir sus contornos o sus condiciones de ejercicio; sencillamente, le proporcionan una competencia discrecional, definida por el derecho y sometida a control internacional,<sup>785</sup> que bajo ciertas condiciones le otorgan competencia para restringir la libertad de expresión.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que cualquier restricción a la libertad de expresión debe cumplir con tres condiciones: a) debe encontrarse establecida por la ley y estar precisamente definida; b) debe perseguir un fin legítimo, y c) debe ser necesaria para asegurar un objetivo legítimo.<sup>786</sup> Cambiando lo que haya que cambiar, particularmente en cuanto la Convención Americana rechaza la censura previa y sólo permite el establecimiento de responsabilidades ulteriores, en lo esencial, este criterio ha sido acogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en efecto, según la Corte Interamericana, para que puedan establecerse responsabilidades ulteriores es preciso que ellas reúnan varios requisitos, de forma y de fondo: a) deben corresponder a causales de responsabilidad previamente establecidas; b) debe haber una defini-

<sup>785</sup> Cfr., en este sentido, Pinto, Roger, *La liberté d'information et d'opinion en droit international*, París, Economica, 1984, pp. 114 y ss.

<sup>786</sup> Cfr. The Sunday Times case, sentencia del 26 de abril de 1979, párrafo 59.

ción expresa y taxativa de esas causales por la ley; c) los fines perseguidos al establecerlas deben ser legítimos, y d) esas causales de responsabilidad deben ser necesarias en una sociedad democrática para asegurar los mencionados fines.<sup>787</sup> Todas estas condiciones están íntimamente asociadas, de manera que mientras más apego exista al principio de necesidad democrática mayor será la vigencia del principio de legalidad y su correspondencia con el principio de legitimidad, todo lo cual se reflejará en medidas proporcionadas a los propósitos que persiguen las restricciones previstas en la ley. Pero cualquier interferencia que no logre satisfacer alguno de estos requisitos constituye una violación de la libertad de expresión.

Por otra parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que, al ejercer sus funciones como órgano supervisor de la pertinencia de medidas que interfieran con la libertad de expresión, debe tomar en consideración el caso en su conjunto, incluyendo tanto el contenido de las expresiones que se objeta como el contexto en el que éstas fueron hechas.<sup>788</sup>

De manera semejante, en el caso *United States v. O'Brien*, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que cuando los elementos comunicativos y no comunicativos de una misma conducta se combinan, y cuando exista un interés público suficientemente importante en regular ese elemento no comunicativo de modo que pueda justificar restricciones incidentales de la libertad de expresión, dicha medida debe cumplir con determinadas condiciones, entre las cuales indicó las siguientes: a) la entidad preferente del interés público (en el lenguaje de la sentencia, *governmental interest*) que se desea proteger, y que en la jurisprudencia de la Corte se ha caracterizado como apremiante, importante, sustancial o primordial; b) la circunstancia de que la regulación de que se trata esté prevista entre las atribuciones constitucionales del órgano que la dicta; c) que el interés público que se desea proteger no suponga la supresión de la libertad de expresión, y d) que el efecto incidental que esta medida tenga sobre la libertad de expresión no sea mayor que lo que sea necesario para la protección de ese interés público.<sup>789</sup>

<sup>787</sup> *Cfr.* La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafos 37 y 39.

<sup>788</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 48 (iii).

<sup>789</sup> *Cfr.* *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

### 3. *Los requisitos de las restricciones propias de la libertad de expresión*

El reconocimiento de que la libertad de expresión no es absoluta, así como la necesidad de ponderarla con otros derechos o intereses, ha permitido que los Estados interfirieran en diversas formas con el ejercicio de la misma. La censura, las restricciones en cuanto a la oportunidad en que se puede transmitir un mensaje, o las sanciones penales en caso de difamación u otro tipo de expresiones, son sólo algunas de las medidas a que tradicionalmente ha recurrido el Estado. Pero no siempre es sencillo determinar si, en efecto, se está en presencia de una medida que interfiera con la libertad de expresión, o si tal interferencia es ilegítima. La aplicación de un impuesto a los libros, o a los discos sonoros, o la necesidad de contar con una licencia del Estado para operar una estación de televisión, son medidas que obviamente tienen un impacto en la difusión de informaciones e ideas, y que interfieren —aunque no necesariamente de manera ilegítima— con la libertad de expresión; será un análisis caso por caso, teniendo en cuenta los propósitos de esa medida y el ámbito de aplicación de la misma, el que permitirá determinar si tal interferencia está o no permitida. En el caso de sanciones penales aplicadas después de que la persona afectada ya ha expresado sus opiniones o ideas, se ha sostenido que no habría interferencia con la libertad de expresión; sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha rechazado esta interpretación, y ha señalado que incluso las medidas adoptadas después de que la persona ha expresado sus opiniones o ideas pueden constituir una interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión.<sup>790</sup>

Tanto en el derecho internacional como en el derecho comparado se ha previsto que para que no sea desproporcionada o innecesaria cualquier medida dirigida a restringir la libertad de expresión debe reunir determinados requisitos, sin cuya presencia la libertad de expresión conserva toda su vigencia. De ello depende no sólo su conformidad con el derecho, sino la legitimidad y la fuerza operativa de las medidas previstas para restringir la libertad de expresión. Tales requisitos se pueden re-

<sup>790</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Handyside v. The United Kingdom*, sentencia del 7 de diciembre de 1976, párrafo 4. *Cfr.*, también, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Müller and others*, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 28, y Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ezelin v. France*, sentencia del 18 de marzo de 1991, párrafo 39.

sumir en los siguientes: a) la circunstancia de que cualquier medida restrictiva de la libertad de expresión esté prevista por la ley; b) que su propósito sea proteger un derecho o un interés público prevaleciente; c) que la restricción de la libertad de expresión sea proporcionada al fin legítimo que se persigue, y d) que dicha medida sea necesaria en una sociedad democrática. En todo caso, es importante subrayar que dichas restricciones no pueden ser utilizadas como un medio para anular el ejercicio de la libertad de expresión. De no concurrir los requisitos antes señalados, cualquier interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión constituye una violación de la misma.<sup>791</sup>

### A. *Su carácter legal*

Uno de los grandes aportes de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, consistió en el papel estelar que se le asignó a la ley en el funcionamiento de un Estado democrático, y que aún conserva. Es por eso que, desde el punto de vista formal, la primera garantía de que las restricciones a la libertad de expresión no serán el resultado del capricho o de la arbitrariedad de los órganos del Estado radica en la legalidad de las mismas. En efecto, tanto el Pacto como las convenciones Americana y Europea requieren que cualquier restricción de que pueda ser objeto la libertad de expresión se encuentre expresamente prevista por la ley. Además, el artículo 30 de la Convención Americana dispone que las restricciones permitidas, de acuerdo con la Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general, y con el propósito para el cual ellas han sido establecidas. Es decir, la libertad de expresión no se puede coartar por consideraciones distintas a las específicamente señaladas por la ley. Esta exigencia se ve fortalecida por la circunstancia de que en la mayor parte de los países la libertad de expresión también es objeto de protección constitucional. Incluso, en el caso del artículo 19, número 12, de la Constitución de Chile, se contempla una garantía reforzada, que señala que las leyes que establezcan responsabilidades por los delitos y abusos que se comentan en el ejercicio de la libertad de expresión deben ser aprobadas

<sup>791</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, sentencia del 23 de junio de 1995, párrafo 35.

mediante un quórum calificado. En todo caso, es conveniente hacer notar que este requisito no se puede eludir por la vía de señalar esas restricciones en forma muy amplia y genérica en un texto legal, pero remitiendo a meros reglamentos u ordenanzas la determinación de las modalidades y características que pueden asumir esas restricciones.

Esta garantía de la libertad de expresión tiene también un carácter democrático, en la medida en que con ella se pretende asegurar que el único órgano autorizado para regular su ejercicio e imponer restricciones a la misma es el parlamento nacional, elegido popularmente mediante los procedimientos constitucionales previamente establecidos. En una sociedad democrática, afianzada en la separación de funciones, no es ésta una tarea ni del Poder Ejecutivo ni del Poder Judicial. En consecuencia, pretender regular la libertad de expresión mediante una sentencia, con el pretexto de interpretar la disposición constitucional que la consagra y llenar supuestas lagunas legales, como ha querido hacerlo una sentencia del Tribunal Supremo de Venezuela,<sup>792</sup> es absolutamente incompatible con el compromiso asumido por los Estados en lo que se refiere a la libertad de expresión.

La correcta aplicación del principio de reserva legal, si bien no es una condición suficiente, permite evitar muchas dificultades y conflictos. Según la Corte Europea de Derechos Humanos, la noción de “ley” debe entenderse en su acepción material y no formal; de manera que comprende el conjunto del derecho escrito, incluyendo los textos de rango infralegislativo,<sup>793</sup> y también el derecho no estatutario o, más específicamente, las reglas del derecho común (*common law*),<sup>794</sup> interpretado por los tribunales ingleses como las reglas del derecho consuetudinario comunes a todo el reino, y que son distintas de las costumbres locales. Además, en *Gaweda v. Poland*, en que se había aplicado una ordenanza ministerial dictada en ejecución de una disposición de la Ley de Prensa, el Estado demandado sostuvo que la “ley” debía entenderse como un conjunto

<sup>792</sup> 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.

<sup>793</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *De Wilde, Ooms and Versyp*, sentencia del 18 de junio de 1971, párrafo 93.

<sup>794</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *The Sunday Times v. The United Kingdom* (núm. 1), sentencia del 26 de abril de 1979, párrafo 47. Cfr., también, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wingrove v. The United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1996, párrafo 40.

complejo de normas de carácter general, lo cual no fue objetado por la Corte.<sup>795</sup> Sin embargo, en opinión del tribunal europeo, que la restricción pertinente esté “prevista por la ley” no significa solamente que ella tenga una base en el derecho interno, sino que tenga las características propias de una ley (entendida como norma jurídica de carácter general y permanente), en términos de accesibilidad a la persona a la cual se dirige (es decir, de su publicidad), de la posibilidad de prever las consecuencias que derivan de su aplicación, y de su compatibilidad con la primacía del derecho.<sup>796</sup>

El principio de reserva legal sólo constituye una garantía de la libertad de expresión si con la expresión “leyes” se está haciendo referencia a una “ley” en sentido formal y no en el sentido amplio de cualquier norma jurídica. En este sentido, el juez Rodolfo Piza ha expresado que si bien estas disposiciones no precisan el sentido de la palabra “ley”, la aplicación de principios generales universalmente compartidos en las naciones democráticas y en todos los Estados de derecho permite afirmar que se trata de materias reservadas estrictamente a la ley formal, emanada de un parlamento democrático, con todas las garantías que esto implica.<sup>797</sup> La Corte no tardó mucho en darle la razón, al dar respuesta a una consulta formulada por el Uruguay y referida precisamente al sentido de la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención.<sup>798</sup> En el curso del trámite de esta consulta, el gobierno de Costa Rica se preguntaba si la expresión “leyes”, utilizada en el artículo 30 de la Convención, se refería a leyes en sentido formal, como norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución, o en un sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico.<sup>799</sup> Si bien la Corte señala que su indagación se limita

<sup>795</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, First Section, Case of Gaweda v. Poland, sentencia del 14 de marzo de 2002, párrafos 14, 15, y 23.

<sup>796</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Affaire Association Ekin c. France, sentencia del 17 de julio de 2001, párrafo 44.

<sup>797</sup> *Cfr.* su opinión separada en La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafos 14 de la opinión separada.

<sup>798</sup> *Cfr.* La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986.

<sup>799</sup> *Ibidem*, párrafo 7.

a precisar el sentido de la palabra “leyes” sólo en el artículo 30 de la Convención, y que su respuesta no es aplicable a todos los casos en que allí se utilizan expresiones como “leyes”, “ley”, “disposiciones legislativas”, “disposiciones legales”, “medidas legislativas”, “restricciones legales”, o “leyes internas”, cuyo sentido deberá ser determinado en cada caso específico,<sup>800</sup> el tribunal admite que los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión “ley” o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos; porque la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos.<sup>801</sup> Según la Corte, el artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, las cuales se agregarían a las restricciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos; por el contrario, lo que el mencionado artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones singularmente autorizadas sean legítimas.<sup>802</sup> La Corte ha subrayado la importancia de evitar la arbitrariedad de los actos del poder público, y se ha referido al principio de legalidad, que —en opinión del tribunal— es consustancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático, y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación.<sup>803</sup> Por consiguiente, de acuerdo con la Corte Interamericana, no es posible interpretar la expresión “leyes”, utilizada en el artículo 30 de la Convención, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos humanos pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.<sup>804</sup> En opinión de ese alto tribunal, en el marco de la protección de los

<sup>800</sup> *Ibidem*, párrafo 16.

<sup>801</sup> *Ibidem*, párrafo 17.

<sup>802</sup> *Idem*.

<sup>803</sup> *Ibidem*, párrafos 22, 23 y 24.

<sup>804</sup> *Ibidem*, párrafo 26.

derechos humanos, la expresión “leyes” carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos; lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo “leyes” cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. Para este tribunal, la expresión “leyes”, utilizada en el artículo 30 de la Convención, no puede tener otro sentido que el de ley formal; es decir, norma jurídica adoptada por el órgano Legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.<sup>805</sup> En todo caso, es evidente que nada puede impedir que estas restricciones no se encuentren previstas exactamente en una ley, sino en una disposición de rango constitucional.<sup>806</sup>

Pero para la Corte Interamericana no basta una mera conformidad formal de la ley con el derecho interno, pues dicha ley también debe ser legítima, desde un punto de vista político; en efecto, la Corte observa que en una sociedad democrática, el principio de legalidad está inseparablemente vinculado al de legitimidad, en virtud del sistema que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al ejercicio efectivo de la democracia representativa, que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común.<sup>807</sup> No es posible desvincular el significado de la expresión “leyes” en el artículo 30, del propósito de todos los Estados americanos, expresado en el preámbulo de la Convención, de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; en su opinión, la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte.<sup>808</sup> En consecuencia, las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido, y promulga-

<sup>805</sup> *Ibidem*, párrafo 27.

<sup>806</sup> *Cfr.*, en este sentido, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Rekvényi v. Hungary*, sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafos 24, 28, 34 y 35.

<sup>807</sup> *Cfr.* la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, párrafos 32 y 37.

<sup>808</sup> *Ibidem*, párrafo 34.

dos por el Poder Ejecutivo; sólo la ley formal, así entendida, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.<sup>809</sup> Pero lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.<sup>810</sup>

Como ya se señaló previamente, la Corte Europea de Derechos Humanos ha abordado este requerimiento con mayor flexibilidad que los órganos del sistema interamericano. En efecto, según el tribunal europeo, la expresión “prescrita por la ley” requiere que la medida que interfiere con la libertad de expresión tenga sustento en el derecho interno del Estado; en segundo lugar, según la Corte, dicha expresión se refiere a la calidad de la norma en cuestión, requiriendo que ella sea accesible a las personas involucradas;<sup>811</sup> además, dada la naturaleza de los sistemas jurídicos que coexisten entre los países partes en la Convención Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea ha señalado que la palabra “ley” comprende no solamente los estatutos legales (es decir, la ley escrita), sino también el derecho común,<sup>812</sup> y los convenios internacionales.<sup>813</sup> Incluso, en su sentencia en el caso *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, la Corte aceptó que una circular del ejército —que no había sido publicada en la *Gaceta Oficial*—, emitida de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento General del Ejército, proporcionaba una “suficiente base legal” para rehusarse a incluir una revista entre las publicaciones distribuidas por el ejército a sus soldados;<sup>814</sup> asimismo, en el caso *Stambuk v. Germany*, en relación con la sanción impuesta a un médico por anunciar sus servicios profesionales, el tribunal europeo

<sup>809</sup> *Ibidem*, párrafo 35.

<sup>810</sup> *Ibidem*, párrafo 36.

<sup>811</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, sentencia del 25 de febrero de 1992, párrafo 75.

<sup>812</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of The Sunday Times v. The United Kingdom* (núm. 1), sentencia del 26 de abril de 1979, párrafo 47.

<sup>813</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Autronic AG v. Switzerland*, sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 57.

<sup>814</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, 23 de noviembre de 1994, párrafo 31.

aceptó como suficiente base legal el Código de Conducta Profesional de los Médicos aprobado por el colegio profesional respectivo, pero sin que quedara claro si este instrumento jurídico operaba en conexión con la Ley de los Consejos de la Profesión Médica de Baden-Württemberg, o si se bastaba a sí mismo.<sup>815</sup> No obstante, este enfoque ha sido objeto de críticas, incluso por algunos de los mismos jueces de la Corte; en tal sentido, en el caso de radio Groppera, el juez Bernhardt se preguntaba si el requisito de que toda restricción debe estar “prescrita por la ley” se satisface realmente cuando el parlamento le confiere al Poder Ejecutivo poderes ilimitados o extremadamente amplios, permitiéndole que se convierta en la autoridad legislativa y ejecutiva al mismo tiempo.<sup>816</sup>

Esta materia tampoco ha sido ajena a la jurisprudencia de los tribunales nacionales. En el caso de “los papeles del Pentágono”, en que el gobierno de los Estados Unidos solicitó a los tribunales que dispusieran una prohibición preliminar de publicar una serie de documentos relacionados con la guerra de Vietnam, el juez Marshall, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, recordó que en 1917, durante el debate del proyecto original de la Ley de Espionaje, el Congreso rechazó una proposición que en tiempo de guerra le confería al presidente, autoridad para prohibir la publicación de información relacionada con la defensa nacional y que pudiera ser útil al enemigo; igualmente, en 1957 el Congreso rechazó una proposición de la Comisión sobre Seguridad Gubernamental dirigida a sancionar penalmente la divulgación de información clasificada. En consecuencia, el juez Marshall señaló que si la Corte utilizara su autoridad para impedir una conducta que el Congreso se había negado a prohibir, incurriría en una contradicción manifiesta con el principio de la separación de poderes.<sup>817</sup> Sin embargo, en un caso en que, mediante acuerdo colectivo, el directorio de una escuela pública le confirió a los representantes de uno de sus sindicatos, acceso exclusivo al sistema de correo interno escolar, incluyendo los buzones de correo de los profesores, la Corte Suprema de los Estados Unidos no consideró objetable esta medida, que ciertamente interfería con la libertad de expresión de sindi-

<sup>815</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Case of Stambuk v. Germany, sentencia del 17 de octubre de 2002, párrafos 25 y 26.

<sup>816</sup> *Cfr.* su opinión disidente en Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Groppera Radio AG and others, sentencia del 22 de febrero de 1990.

<sup>817</sup> *Cfr.* su opinión concurrente en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

catos rivales. Según el citado tribunal, a diferencia de una ordenanza o incluso de la decisión del directorio de un colegio, un convenio colectivo no es adoptado unilateralmente por un órgano legislativo, pues surge de la negociación y requiere de la aprobación de ambas partes en el acuerdo; de manera que, en opinión de la Corte, no toda acción estatal que tenga el efecto de la ley es equivalente a una acción legislativa.<sup>818</sup> Da la impresión de que esta decisión estuviera sugiriendo que, mediante ese convenio colectivo, los propios maestros habrían renunciado a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas provenientes de sindicatos distintos al que había negociado ese convenio colectivo; de ser así, esta decisión acepta como suficiente la manifestación de voluntad del depositario de un mandato otorgado exclusivamente para negociar mejores condiciones laborales, e ignora que la libertad de expresión es un derecho irrenunciable. En este sentido, es oportuno recordar que el gobierno de los Estados Unidos ha objetado publicaciones de ex agentes de la Agencia Central de Inteligencia, conocida por sus siglas en inglés, CIA, basándose no en la ley, sino en el contrato de trabajo suscrito por éstos, en el que se comprometen a someter para revisión, antes de su publicación, cualquier material que ellos escriban después de dejar la CIA.<sup>819</sup> Esas estipulaciones contractuales no han sido objetadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

*a. El carácter preciso y concreto de la norma*

En estrecha relación con lo anterior, las sanciones posteriores derivadas del ejercicio de la libertad de expresión tampoco pueden estar basadas en disposiciones legales formuladas de manera vaga e imprecisa, que hagan posible una aplicación arbitraria de las mismas; disposiciones de esa naturaleza no pasan de ser un pretexto legal para reducir al público al silencio. Por consiguiente, en opinión de Türk y Joinet, este tipo de legislación no puede considerarse con prescindencia de la apreciación que se tenga sobre su legitimidad.<sup>820</sup>

<sup>818</sup> Cfr. *Perry Ed. Assn. v. Perry Local Educators Assn.*, 460 U.S. 37 (1983).

<sup>819</sup> Cfr., *inter alia*, los casos de Frank Snepp, Philip Agee, Victor Marchetti, y —recientemente— el caso del ex director de la CIA, Stanfield Turner.

<sup>820</sup> Cfr. E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por Danilo Türk y Louis Joinet, relatores especiales, párrafo 74.

De manera que no basta con que las restricciones a que pueda estar sometida la libertad de expresión se encuentren expresamente previstas por la ley; también es esencial que esas restricciones estén definidas de manera suficientemente precisa y concreta, señalando todos los elementos que la configuran, para no dejar lugar a interpretaciones ambiguas o abusivas; lo contrario equivaldría a eludir el contenido esencial del principio de legalidad. En este sentido, la Comisión Interamericana ha condenado la existencia de disposiciones legales que por su excesiva vaguedad y generalidad pueden constituir serias restricciones a la libertad de expresión; a título ilustrativo, la Comisión ha citado una disposición legal que sancionaba con prisión a quien por cualquier medio predicara públicamente el odio entre paraguayos o la destrucción de las clases sociales.<sup>821</sup>

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos también ha prestado especial atención a esta circunstancia, y sistemáticamente a rechazado como inconstitucionales, por su ambigüedad e imprecisión, algunas regulaciones que restringen la libertad de expresión, y que pueden tener un efecto disuasivo en el ejercicio de este derecho.<sup>822</sup> A título ilustrativo, en el caso de una resolución de las autoridades del aeropuerto internacional de la ciudad de Los Ángeles, que declaraba que cualquier actividad relacionada con la libertad de expresión constituía una contravención a los usos permitidos dentro de la terminal aérea, y que la misma sería objeto de acciones legales, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó como inconstitucional esta resolución, por excesivamente vaga, y observó que la distinción entre expresiones relacionadas con la actividad del aeropuerto y aquellas no relacionadas con su actividad era, por lo menos, muy sombría.<sup>823</sup> Según este tribunal, incluso una construcción más estrecha, como la antes referida, que distingue entre expresiones relacionadas con la actividad del aeropuerto y aquellas que no lo están, tenía el efecto de dar a los funcionarios del aeropuerto la facultad de decidir si una determinada expresión estaba o no relacionada con la actividad del aeropuerto, lo que evidentemente proporcionaba una oportunidad para el abuso.<sup>824</sup>

<sup>821</sup> Cfr. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, Washington, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1987, p. 71.

<sup>822</sup> Cfr., por ejemplo, *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479 (1965).

<sup>823</sup> Cfr. *Airport Commissioners v. Jews for Jesus, Inc.*, 482 U.S. 569 (1987).

<sup>824</sup> *Idem*.

Esta misma preocupación se expresa en un documento de la Organización de las Naciones Unidas, que señala el peligro que encierran las leyes que penalizan determinados actos que cabría calificar de “delitos de opinión”, en virtud de disposiciones penales formuladas de manera vaga, oscura, ambigua o genérica, y que a veces sirven de justificación para castigar con severidad a personas que sólo han expresado su opinión, sin utilizar ni propiciar la violencia.<sup>825</sup>

El propósito del principio que comentamos cumple una doble función. Por una parte, reduce la competencia del Estado en cuanto a la forma como éste puede restringir la libertad de expresión; por la otra, le indica al ciudadano qué es exactamente lo que se prohíbe. Por consiguiente, el Estado no puede eludir el principio de legalidad mediante el empleo de conceptos definidos en forma excesivamente ambigua, tales como “blasfemia”, “subversión”, “desinformación”, “rumores falsos”, etcétera, que le confieren al Estado un amplio margen de discrecionalidad en la regulación de la expresión, y que se prestan para el abuso y la arbitrariedad. Es a partir de estas consideraciones, y no de la ausencia absoluta de una ley, que en varias oportunidades se ha objetado la legalidad de restricciones a la libertad de expresión ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, el criterio sostenido reiteradamente por el tribunal europeo indica que según este requerimiento, la ley debe estar formulada con suficiente precisión como para permitirle a las personas involucradas, si es necesario con la asesoría legal apropiada, que puedan prever —en un grado razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso— las consecuencias de sus actos; pero una ley que confiera un cierto grado de discreción a las autoridades encargadas de aplicarla no es necesariamente incompatible con este requisito, siempre que el ámbito de esa discreción y la manera en que ella se pueda ejercer estén indicados con suficiente claridad, teniendo en cuenta el propósito legítimo que se persigue con ella, para brindar al individuo una protección adecuada en contra de una interferencia arbitraria.<sup>826</sup>

A partir de su falta de claridad y precisión, la Corte Europea de Derechos Humanos ha objetado el carácter “legal” de determinadas restriccio-

<sup>825</sup> Cfr. E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por Danilo Türk y Louis Joinet, relatores especiales, párrafo 30.

<sup>826</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, sentencia del 25 de febrero de 1992, párrafo 47.

nes a la libertad de expresión, ya sea porque, como en el caso *Autronic AG*, las regulaciones nacionales sobre radio no indican exactamente cuál es el criterio a utilizar por las autoridades al pronunciarse sobre las solicitudes de licencia, o porque las disposiciones de tratados internacionales (específicamente, el artículo 22 de la Convención Internacional de Telecomunicaciones) dejan un margen de apreciación muy amplio a las autoridades nacionales.<sup>827</sup> Por el contrario, teniendo en cuenta el propósito de este requerimiento, el tribunal europeo ha admitido que una restricción legal que no ha sido redactada en términos suficientemente precisos pueda haber sido clarificada mediante la jurisprudencia de un tribunal superior. En tal sentido, en el caso de la sección 78 de la Ley de Propiedad Intelectual de Austria, que prohíbe difundir la fotografía de una persona cuando con ello se pueda afectar sus “legítimos intereses”, confiriendo una amplia discreción a los tribunales nacionales, la Corte Europea tuvo en consideración que la noción de “intereses legítimos” había sido interpretada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Austria; por consiguiente, el tribunal europeo estimó que no se podía decir que la aplicación de dicha disposición iba más allá de lo que era previsible en las circunstancias del caso.<sup>828</sup> Asimismo, en el caso de la Asociación *Ekin* contra Francia, en que se impugnaba, por su ambigüedad, la aplicación de una ley de 1881 que permitía prohibir la circulación, distribución o venta en Francia de periódicos u otros escritos, de publicación periódica o no, redactados en idioma extranjero, así como los periódicos y escritos provenientes del extranjero redactados en francés, ya sea que hubieran sido impresos en Francia o en el extranjero, el tribunal europeo se remitió a la jurisprudencia constante, clara y precisa, de los tribunales franceses, que complementaba el texto de la ley, permitiendo a los individuos interesados en la publicación de alguna obra ajustar su conducta a dicha ley.<sup>829</sup> Esta excesiva flexibilidad condujo, en el caso *Ahmed and others v. The United Kingdom*, a que la Corte aceptara una formulación no suficientemente precisa de categorías de funcionarios públicos locales, respecto de los cuales se prohibía su participación en determinadas activida-

<sup>827</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Autronic AG v. Switzerland*, sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 57.

<sup>828</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, *Case of News Verlags GMBH & Cokg v. Austria*, sentencia del 11 de enero de 2000, párrafo 43.

<sup>829</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire Association Ekin c. France*, sentencia del 17 de julio de 2001, párrafo 46.

des políticas (tampoco definidas con precisión), que podían afectar el deber de imparcialidad de las autoridades locales; según la Corte, la conducta que podía comprometer la imparcialidad de un funcionario local no podía definirse con absoluta precisión, por lo que era aceptable que sólo se indicaran conductas que tenían el potencial de afectar esa imparcialidad, las que en todo caso debían interpretarse a la luz del vicio que se buscaba evitar.<sup>830</sup>

En el caso *Castells v. Spain*, no obstante que las restricciones de que había sido objeto tenían como base legal lo dispuesto por los artículos 161 y 162 del Código Penal español, el afectado alegó que para él no era predecible que esas disposiciones excluyeran como defensa la prueba de la verdad de lo afirmado, lo cual resultaba menos razonable después de la adopción de la Constitución de 1978, cuyo artículo 20 consagra el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz; sin embargo, en este caso la Corte Europea de Derechos Humanos estimó que para los propósitos del artículo 10 de la Convención, las normas del derecho español que regulaban esta interferencia con la libertad de expresión eran suficientemente predecibles.<sup>831</sup> En su jurisprudencia anterior, el tribunal europeo había reconocido que frecuentemente las leyes pueden estar redactadas de una manera que no es suficientemente precisa, y que esto sería así, en esferas como la competencia comercial, en que la situación está cambiando constantemente, de acuerdo con los desarrollos en el mercado y en el campo de la comunicación, por lo que la interpretación y aplicación de tal legislación inevitablemente quedaría entregada a la práctica;<sup>832</sup> asimismo, en esferas como la moral pública, en que la situación cambia de acuerdo con las ideas prevalecientes en la sociedad, la Corte Europea había sostenido que sería absolutamente imposible obtener una absoluta precisión en la formulación de las leyes.<sup>833</sup> Sin embargo, su jurisprudencia más reciente indica que uno de los requerimientos que surge de la expresión “prescrita por la ley” es precisamente el de ha-

<sup>830</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ahmed and others v. The United Kingdom*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafo 46.

<sup>831</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Castells v. Spain*, sentencia del 23 de abril de 1992, párrafos 35 al 37.

<sup>832</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos *Case of Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann*, sentencia del 20 de noviembre de 1989, párrafo 30.

<sup>833</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Müller and others*, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 29. *Cfr.*, también, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ezélin v. France*, sentencia del 18 de marzo de 1991, párrafo 45.

cer que determinadas consecuencias sean predecibles; por consiguiente, una norma no puede considerarse como “ley”, a menos que esté formulada con suficiente precisión como para permitir a un ciudadano ajustar su conducta de acuerdo con lo prescrito en esa norma, estando en capacidad de prever las consecuencias que su acción puede acarrear.<sup>834</sup> Pero la Corte Europea continúa admitiendo que aunque la certeza es altamente deseable, esto es algo que puede generar demasiada rigidez en circunstancias en que la ley debe estar en capacidad de adaptarse a circunstancias cambiantes; de modo que la Corte acepta que muchas leyes inevitablemente están redactadas en términos que, en mayor o menor grado, son vagas, y cuya interpretación y aplicación es una cuestión que irá definiendo la práctica; en su opinión, el nivel de precisión requerido de la legislación doméstica —que según la Corte no puede prever todas las eventualidades— depende del contenido del instrumento en cuestión, del ámbito que está previsto que cubra, y de la condición de aquellos a quienes está dirigido; en este sentido, debido a la naturaleza general de las disposiciones constitucionales, el grado de precisión requerido de ellas puede ser más bajo que el que se demanda de la legislación.<sup>835</sup>

Por otra parte, el tribunal europeo de derechos humanos ha sostenido que una ley que confiere discreción a la autoridad encargada de su aplicación no es, en sí misma, incompatible con este requisito, siempre que el ámbito de esa discreción y la manera en que ella se puede ejercer esté indicado con suficiente claridad, teniendo en cuenta el propósito legítimo de la restricción de que se trata, para darle al individuo una adecuada protección en contra de interferencias arbitrarias en contra de su libertad de expresión.<sup>836</sup> En tal sentido, la Corte ha reconocido que, por su propia naturaleza, el delito de blasfemia no puede prestarse a una definición legal precisa; de manera que las autoridades nacionales deben disponer de un cierto grado de flexibilidad al evaluar si los hechos de un caso particular realmente encuadran dentro de la definición aceptada de ese delito.<sup>837</sup> A partir de lo señalado por la Corte Europea en el caso *Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, en el sentido que esta garantía intenta

<sup>834</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Rekvényi v. Hungary*, sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafo 34.

<sup>835</sup> *Idem.*

<sup>836</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wingrove v. The United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1996, párrafo 40.

<sup>837</sup> *Ibidem*, párrafo 42.

evitar una interferencia “arbitraria” con la libertad de expresión,<sup>838</sup> esta disposición se invocó en el caso Tolstoy Miloslavsky, en que el afectado había sido condenado en un proceso por difamación a pagar, como indemnización, la suma de un millón y medio de libras esterlinas. Si bien el afectado no negó que la indemnización, apreciada discrecionalmente por el jurado, tenía fundamento en el derecho inglés, sostuvo que dicha ley no le permitía prever, en una apreciación razonable del mismo, que el monto de esa compensación podría ser tan alto como un millón y medio de libras esterlinas; en su opinión, al momento de emitirse dicha sentencia no existía en el derecho inglés un principio reconocido que exigiera que la compensación guardara proporción con el propósito de reparar el daño causado a la reparación del demandante; además, señaló que hubiera sido imposible para sus asesores legales predecir una compensación de esa magnitud, teniendo en cuenta que ella era tres veces mayor que el monto otorgado previamente por un jurado en casos por difamación, y que incluso era sustancialmente mayor que la compensación acordada en un caso por lesiones a un demandante que hubiera sufrido una extremadamente severa incapacidad física o mental.<sup>839</sup> Sin embargo, la Corte Europea tuvo en consideración que éste era un caso excepcionalmente grave de difamación, en que incluso el abogado del demandado y el demandado mismo habían aceptado, durante la audiencia en los tribunales ingleses, que, si se determinaba que había habido difamación, el jurado tendría que conceder una cifra considerable a título de compensación; asimismo, el tribunal europeo aceptó que la legislación nacional para el cálculo de los daños a la reputación en un caso por difamación deben considerar una amplia variedad de situaciones de hecho, por lo que debía admitirse que un grado considerable de flexibilidad puede ser necesario para permitir al jurado apreciar el monto de los daños en un caso particular; por consiguiente, la Corte Europea rechazó que la noción de que una interferencia con la libertad de expresión esté “prescrita por la ley” deba interpretarse en el sentido de permitir al afectado, incluso con asistencia legal apropiada, poder anticipar, con cualquier grado de certeza, el monto de la compensación que pueda acordarse en su caso particular, y con-

<sup>838</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, sentencia del 25 de febrero de 1992, párrafo 47.

<sup>839</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, sentencia del 23 de junio de 1995, párrafo 38.

sideró que las normas legales relevantes para la determinación de la compensación en juicios por difamación habían sido formuladas con suficiente precisión.<sup>840</sup> Asimismo, en el caso *Wingrove v. The United Kingdom*, en que se había negado al peticionario la licencia para distribuir legalmente un vídeo considerado blasfemo, la Corte sostuvo que éste podía razonablemente haber previsto que algunas escenas de ese video correspondían a la conducta típica del delito de blasfemia, y que así se desprendía de su decisión de no iniciar un procedimiento judicial para que se revisara la decisión del Consejo Cinematográfico, teniendo en cuenta el consejo de su abogado de que dicha decisión representaba fielmente el derecho aplicable.<sup>841</sup>

Sin embargo, es importante resaltar que la Corte Europea de Derechos Humanos también ha señalado que el nivel de precisión requerido de la legislación nacional —que en opinión del tribunal no puede proveer de todas las eventualidades— depende, en un grado considerable del contenido del instrumento legal de que se trata, del ámbito en el cual está previsto que tenga aplicación, y del número y la condición jurídica de las personas a quienes está dirigida.<sup>842</sup> Según la Corte, en lo que concierne a la disciplina militar, difícilmente sería posible redactar normas que describan diferentes tipos de conducta en detalle; de modo que las autoridades pueden verse en la necesidad de formular esas normas en forma amplia; pero las disposiciones pertinentes deben, sin embargo, proporcionar suficiente protección en contra de la arbitrariedad y hacer posible que el destinatario de las mismas pueda prever las consecuencias de su aplicación.<sup>843</sup>

#### b. La accesibilidad o publicidad de la norma

El principio de reserva legal carecería de toda relevancia si, como en *El proceso*, de Kafka, las leyes formaran parte de una esfera misteriosa, desconocida, e inaccesible para los ciudadanos comunes. En consecuencia, no basta con que una determinada restricción de la libertad de expre-

<sup>840</sup> *Ibidem*, párrafos 40, 41 y 44.

<sup>841</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wingrove v. The United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1996, párrafo 43.

<sup>842</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, 23 de noviembre de 1994, párrafo 31.

<sup>843</sup> *Idem*.

sión esté basada en la ley si paralelamente el ciudadano no está en capacidad de saber cuál es esa base legal.

Entre los requisitos de las restricciones a la libertad de expresión, la Corte Europea de Derechos Humanos ha incorporado la noción de “accesibilidad” de la norma, en el sentido de su publicidad o de que pueda ser conocida por los ciudadanos, a fin de permitirles adaptar su conducta a la misma. Pero si bien este requisito normalmente se cumplirá con la publicación de la norma en cuestión en una gaceta o boletín oficial del Estado, el tribunal europeo ha aceptado que en el caso de textos muy extensos y de carácter técnico, simplemente se proporcione información sobre el sitio en el cual se pueden encontrar y consultar los mismos. Según la Corte, esta es una materia que depende del contenido del instrumento en cuestión, de la esfera que está dirigido a cubrir, del número de personas a quienes afecta, y de la condición de las mismas; en el caso *Groppera*, el citado tribunal observó que las disposiciones pertinentes del derecho internacional de las telecomunicaciones eran muy complejas y de un alto contenido técnico (más de mil páginas), que ellas estaban dirigidas a especialistas que sabían cómo obtenerlas, y que podían consultarse en las oficinas de la Administración de Correos y Telecomunicaciones en Berna, o que podían obtenerse de las oficinas de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en Ginebra.<sup>844</sup>

Por otra parte, esa accesibilidad de la norma también está relacionada con la previsibilidad de las consecuencias que ella supone. En este sentido, en el caso *Gaweda v. Poland*, en que los tribunales polacos habían interpretado el artículo 5 de una ordenanza del Ministerio de Justicia, que disponía que el registro del título de publicaciones periódicas no se permitiría si estaba en conflicto con las normas en vigor y con la realidad, como una autorización para negar el registro si ellos consideraban que el título de esa publicación no estaba conforme con la verdad, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que tal interpretación introducía nuevos criterios, especificando las circunstancias en que el registro del título de una publicación periódica podía ser rechazado, los cuales no eran previsibles sobre la base del texto legal; según la Corte, el hecho de que la jurisprudencia de los tribunales polacos relativa al registro de publicaciones periódicas no indicara que las disposiciones legales en cues-

<sup>844</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Groppera Radio AG and others*, sentencia del 22 de febrero de 1990, párrafo 68.

tión fueran especialmente difíciles de interpretar, sólo subrayaba la falta de previsibilidad de la interpretación dada por los tribunales polacos en el presente caso. Por consiguiente, la Corte Europea concluyó que dicha ley no había sido formulada con suficiente precisión como para permitir a los ciudadanos ajustar su conducta a la misma.<sup>845</sup>

### c. La existencia de garantías procesales

También se ha sugerido que el requisito que comentamos no estaría suficientemente satisfecho con la mera circunstancia de que la restricción que se invoca se encuentre formalmente prevista por la ley, sino que sería indispensable que esa restricción sea aplicada en el marco de un procedimiento judicial, en el que el afectado disponga de suficientes garantías para hacer valer sus derechos. Este requisito resulta especialmente pertinente en el caso de la Convención Americana, que sólo permite la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores, las cuales deben establecerse sobre la base del derecho, teniendo en cuenta las garantías judiciales que la misma Convención consagra. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las personas que como resultado del ejercicio de la libertad de expresión se consideren lesionadas en su honra o su dignidad, cuentan con recursos adecuados en los tribunales de justicia.<sup>846</sup> Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, para que pueda establecerse válidamente la responsabilidad por eventuales abusos de la libertad de expresión, según la Convención es preciso que se reúnan varios requisitos: a) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas; b) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines.<sup>847</sup> Pero, obviamente, cualquier responsabilidad derivada del ejercicio de la

<sup>845</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, First Section, Case of Gaweda v. Poland, sentencia del 14 de marzo de 2002, párrafos 15, 43, 45 y 48.

<sup>846</sup> *Cfr.* Caso núm. 11.230, 3 de mayo de 1996, Francisco Martorell vs. Chile, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre casos particulares, núm. 11/96, párrafo 69.

<sup>847</sup> *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párrafo 39.

libertad de expresión debe ser establecida por los tribunales, observando las debidas garantías.

Este argumento se invocó en el caso *Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands*, en que, de conformidad con la ley, las autoridades habían confiscado la edición número 267 de una publicación semanal holandesa, por considerar que su difusión podía infringir el artículo 98 del Código Penal holandés y comprometer la seguridad nacional; como dicha confiscación no fue seguida de una acusación criminal en contra de los responsables de la publicación del semanario, éstos alegaron que para que la mencionada restricción de la libertad de expresión fuera compatible con la exigencia de estar prescrita por la ley, era necesario que dicha medida se dispusiera en el contexto de un procedimiento criminal puesto que, dada la importancia de la libertad de expresión, sólo ese tipo de procedimiento proporcionaba suficientes garantías. Por el contrario, en el presente caso el fiscal había obtenido la orden judicial para confiscar la ya referida publicación sin tener que probar, en un procedimiento contradictorio, que la información cuya divulgación se estaba impidiendo comprometía la seguridad nacional y debía mantenerse secreta.<sup>848</sup> Si bien la Corte Europea de Derechos Humanos no acogió enteramente este argumento, pues consideró que la exigencia de que toda restricción de la libertad de expresión deba estar prescrita por la ley no impide ordenar la confiscación o el retiro de la circulación de un material impreso, al margen de un procedimiento criminal; en opinión de la Corte, las autoridades nacionales deben estar en capacidad de adoptar ese tipo de medidas para evitar la divulgación de secretos sancionados por la ley sin tener que iniciar una acción penal en contra del responsable, siempre que la legislación nacional le proporcione al afectado suficientes garantías procesales para objetar dicha medida, como en efecto ocurría en este caso.<sup>849</sup> En un caso más reciente, la Corte Europea ha rechazado que se pueda exigir a una persona probar la veracidad de sus afirmaciones y, al mismo tiempo, privarla de una oportunidad efectiva para presentar evidencia en tal sentido, demostrando el carácter apropiado de sus comentarios.<sup>850</sup> Asimismo, en el caso de la Asociación Ekin contra Francia, en que la au-

<sup>848</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands*, sentencia del 9 de febrero de 1995, párrafo 30.

<sup>849</sup> *Ibidem*, párrafo 32.

<sup>850</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Jerusalem v. Austria*, sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 46.

toridad administrativa prohibió la circulación de un libro editado en el extranjero sin un control jurisdiccional previo, debiendo esperar más de nueve años antes de que se produjera una decisión judicial definitiva sobre la legalidad de dicha medida, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que la duración de ese procedimiento lo privaba de toda eficacia, y que el control jurisdiccional existente en materia de prohibición administrativa de publicaciones no reunía las garantías suficientes para evitar abusos.<sup>851</sup> Por el contrario, en el caso *Perna v. Italy*, relacionado con una condena por difamación, no obstante que el peticionario insistió en que se evaluara el procedimiento judicial seguido en su contra en función de las garantías de la libertad de expresión, la Corte consideró separadamente ambos elementos.<sup>852</sup> Sin embargo, en su sentencia en el caso *Gaweda v. Poland*, aunque la Corte admitió que el carácter judicial del sistema de registro del título de las publicaciones periódicas era, en sí mismo, una valiosa garantía de la “libertad de prensa” (*sic*), también indicó que las decisiones adoptadas en esta esfera por los tribunales nacionales debían conformarse a los principios relativos a la libertad de expresión; en el caso que comentamos, la Corte observó que esta circunstancia no impidió a los tribunales polacos imponer la censura previa a la prensa escrita, de una manera que prohibió completamente la publicación de algunas revistas sobre la base de sus títulos.<sup>853</sup>

La ausencia de garantías judiciales al adoptar medidas restrictivas de la libertad de expresión también ha sido considerada por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En tal sentido, en el caso *Gorin v. United States*, el citado tribunal señaló que cualquier restricción de esta libertad, incluso si ella respondía a las necesidades de la seguridad nacional, debía ejecutarse de manera compatible con las garantías del debido proceso.<sup>854</sup> Asimismo, en el caso *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*,<sup>855</sup> en este caso, la legislatura del estado de Rhode Island había creado una comisión para estimular la moral en la juventud, la cual tenía el deber de educar al público en lo relativo a libros, fotografías, panfletos, papeles impresos u

<sup>851</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire Association Ekin c. France*, sentencia del 17 de julio de 2001, párrafo 61.

<sup>852</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Perna v. Italy*, sentencia del 25 de julio de 2001, párrafos 32 y 34.

<sup>853</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, First Section, *Case of Gaweda v. Poland*, sentencia del 14 de marzo de 2002, párrafo 47.

<sup>854</sup> *Cfr.* *Gorin v. United States*, 312 U.S. 19 (1948).

<sup>855</sup> *Cfr.* *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58 (1963).

otros materiales que contuvieran un lenguaje obsceno, indecente o impuro, o que manifiestamente tuvieran la tendencia de corromper a la juventud. El procedimiento adoptado por la referida Comisión incluía una notificación al distribuidor de la publicación indicándole que ciertos libros o revistas distribuidos por él habían sido revisados por la Comisión y que se había declarado que los mismos eran inapropiados para su venta, distribución o exhibición a menores de dieciocho años de edad, por lo que se requería su cooperación; listas de esas publicaciones inapropiadas se hacían llegar a las estaciones de policía, y la Comisión tenía el deber de recomendar al fiscal general que instruyera un procedimiento penal en contra de quienes compraran material pornográfico.<sup>856</sup> El efecto de tales notificaciones —con la amenaza implícita de una acusación penal— era intimidar a los distribuidores de esas publicaciones, los cuales se abstendrían de tomar nuevas órdenes respecto de las publicaciones proscritas, cesaban de vender las copias que tenían a su disposición, retiraban de los minoristas las copias no vendidas y las devolvían a sus editores; en consecuencia, las actividades de la Comisión se traducían en la supresión de la venta y de la circulación de las publicaciones mencionadas en las listas antes referidas, las cuales incluían publicaciones no obscenas. La Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que el esquema diseñado por el estado de Rhode Island constituía una forma de censura gubernamental, desprovista de las garantías constitucionales del debido proceso requeridas para regular la obscenidad; el tribunal recordó decisiones anteriores suyas, señalando, en primer lugar, la complejidad de lo que determina la obscenidad, y la necesidad vital de que, al establecer su presencia, se apliquen las garantías que eviten negar la protección de la libertad de expresión respecto de materiales que no tratan el sexo de una manera que apela a los intereses lascivos y, en segundo lugar, la circunstancia de que la garantía constitucional del debido proceso no deja a los estados en libertad para adoptar cualquier procedimiento que les plazca para determinar el carácter obsceno de un determinado material, sin considerar las posibles consecuencias que eso pueda tener respecto de expresiones constitucionalmente protegidas.<sup>857</sup> En opinión de la Corte, citando lo dicho por ella misma en *Speiser v. Randall*,<sup>858</sup> la línea entre la expres-

<sup>856</sup> *Idem.*

<sup>857</sup> *Idem.*

<sup>858</sup> *Cfr. Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513 (1958).

sión constitucionalmente protegida y expresiones que legítimamente pueden ser reguladas está muy finamente dibujada, por lo que la separación de las expresiones legítimas de aquellas que son ilegítimas requiere la utilización de herramientas muy sensibles.<sup>859</sup> Como correctamente observa la Corte, al obviar la necesidad de emplear sanciones penales, el estado eliminó, al mismo tiempo, las garantías del proceso penal; de manera que, como cualquier sistema de censura previa es visto con desconfianza y se presume que es constitucionalmente inválido, tal sistema es tolerado sólo si opera bajo una estricta supervisión judicial que determine la validez de dicha restricción.<sup>860</sup> Por el contrario, el informal sistema de censura administrativa instaurado en el estado de Rhode Island no contemplaba nada de lo anterior, y sólo permitía especular si las publicaciones incluidas por la Comisión en la lista de material censurable habían sido consideradas obscenas o simplemente perjudiciales para la moral de la juventud.

La Corte Suprema de los Estados Unidos también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la necesidad de garantías procesales en los casos en que haya razones para censurar la correspondencia de los reclusos. En efecto, en el caso *Procunier v. Martínez*, la Corte señaló que la decisión de censurar, o de retener una carta, debe estar acompañada por garantías procesales mínimas, entre las que se menciona que el recluso sea notificado de esa medida, ya sea que se trate de correspondencia enviada por él o dirigida a éste, y que se otorgue al autor de la carta una oportunidad razonable de objetar esa decisión, pudiendo dirigirse a una persona distinta al oficial de la prisión que la desaprobó.<sup>861</sup> Asimismo, en el caso de una ley del estado de Texas, que, sobre la base de que en el pasado se habrían exhibido películas obscenas en una determinada sala de cine, permitía suspender en forma indefinida la exhibición de películas en esa misma sala, sin una determinación judicial previa sobre su obscenidad, y sin una garantía de un pronunciamiento judicial pronto y expedito sobre

<sup>859</sup> *Cfr.* *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58 (1963). Además de *Speiser v. Randall*, la jurisprudencia citada por el tribunal incluye *Alberts v. California*, 354 U.S. 476 (1957), *Marcus v. Search Warrant*, 367 U.S. 717 (1961), *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940), *Winters v. People of State of New York*, 333 U.S. 507 (1948), y *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963).

<sup>860</sup> *Idem.*

<sup>861</sup> *Cfr.* *Procunier v. Martínez*, 416 U.S. 396 (1974).

su probable obscenidad, la Corte entendió que esa ley era inconstitucional porque carecía de las garantías procesales indispensables.<sup>862</sup>

Sin duda, si el autor de una publicación ha incurrido en algún exceso en cuanto al tipo de mensaje que transmite, debe responder por su temeridad; pero también debe contar con todas las garantías judiciales indispensables para defender su derecho a expresarse. Después de todo, la libertad de expresión es un derecho fundamental, que tiene un carácter preferente frente a otros derechos, que se levanta como una barrera frente al poder estatal, y que —a menos que se le pretenda vaciar de contenido— no puede verse avasallado sin que se alegue una razón legítima, cuya existencia sea debidamente establecida por una instancia judicial.

### *B. Los propósitos que se consideran legítimos*

En el artículo 13 de la Constitución de Austria se dispone que, “sujeto a las restricciones legales”, toda persona tiene derecho a expresar libremente sus opiniones, ya sea oralmente, por escrito, o a través de la expresión gráfica; de manera semejante, el artículo 68 de la Constitución de Venezuela señala que todos los ciudadanos tienen derecho a manifestar, pacíficamente y sin armas, “sin otros requisitos que los que establezca la ley”. Pero debe observarse que, no obstante el carácter aparentemente liberal de estas disposiciones, en ellas no se le pone límite al poder del Estado para coartar esas libertades con cualquier propósito. Porque, si bien el principio de legalidad es una garantía para el ejercicio de nuestros derechos, no es suficiente, por sí solo, para impedir que el legislador pueda restringirlos o coartarlos con cualquier pretexto. De lo contrario, el ejercicio de esos derechos estaría sometido al capricho del legislador. Por consiguiente, para evitar que se restrinja la libertad de expresión con propósitos espurios, en los instrumentos internacionales de derechos humanos que comentamos se ha indicado precisamente cuáles son los fines legítimos que pueden justificar una medida de esa naturaleza.

El derecho constitucional moderno, de acuerdo con el interés general, también ha restringido el contenido de las leyes que pueden interferir con el ejercicio de esos mismos derechos. En tal sentido, y a título meramente ilustrativo, puede observarse que, en lo que se refiere específicamente

<sup>862</sup> *Cfr.* Vance v. Universal Amusement Co., 445 U.S. 308 (1980). *Cfr.*, también, Freedman v. Maryland, 390 U.S. 51 (1965).

mente a la libertad de expresión, el artículo 6 de la Constitución de México dispone que la manifestación de las ideas sólo podrá ser objeto de medidas judiciales o administrativas en los casos en que se ataque la moral se lesione los derechos de terceros, se provoque algún delito, o se perturbe el orden público; como complemento de lo anterior, el artículo 7o. de la misma Constitución establece que los únicos límites de la libertad de imprenta son el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. Asimismo, el artículo 20, número 4, de la Constitución española, somete su ejercicio al respeto a los derechos reconocidos en la misma Constitución, y especialmente al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Aunque de manera menos precisa, el artículo 5, número 2, de la Ley Fundamental de Alemania, indica que este derecho tiene su límite en “las leyes generales, las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal”.

La legitimidad de las restricciones a que puede someterse la libertad de expresión es un asunto de la mayor importancia práctica, pues es en función de ella como debe evaluarse el contenido de las leyes, las cuales deben guardar relación con los propósitos que se consideran legítimos. En este sentido, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa ha resaltado la importancia que tiene el que las restricciones a que los Estados puedan someter los derechos humanos sean sólo las que estén expresamente previstas por la ley, y que se apliquen de manera compatible con las obligaciones que esos Estados han contraído de acuerdo con el derecho internacional.<sup>863</sup> El sentido finalista de estas restricciones es de particular importancia, y pone de relieve el que los Estados no pueden restringir la libertad de expresión con el propósito de anular el ejercicio de la ésta. Sin embargo, el mero hecho de que una interferencia con la libertad de expresión persiga alguno de los objetivos legítimos no implica, por sí solo, que esa restricción sea legítima, o que sea necesaria en una sociedad democrática, y que no esté sujeta a control internacional.

Sin duda, regular cualquier forma de expresión entraña un peligro inherente para la plena vigencia de esta libertad, por lo que toda reglamen-

<sup>863</sup> *Cfr.* el Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, del 29 de junio de 1990, párrafo 24.

tación o restricción de la misma debe confinarse a un ámbito muy limitado, en el que la intervención del Estado esté justificada como resultado de un interés legítimo prevaleciente. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que la Convención Americana no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades que ella consagra sean lícitas; además, se requiere que esas leyes se dicten “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.<sup>864</sup> Citando la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Corte ha expresado que el requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del “bien común”, noción a la cual se hace referencia en el artículo 32, número 2, de la Convención, y que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.<sup>865</sup>

Para que una restricción de la libertad de expresión sea legítima, ella debe estar dirigida a proteger alguno de los derechos o intereses específicamente mencionados en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos hay absoluta coincidencia en cuanto a los propósitos que autorizan restringir el ejercicio de la libertad de expresión; en ambos casos esos objetivos incluyen: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional; c) la protección del orden público; d) la protección de la salud pública, y e) la protección de la moral pública. El artículo 10, número 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos menciona otros elementos, tales como la integridad territorial del Estado, la seguridad pública, la necesidad de evitar la divulgación de información recibida en confidencia, y la necesidad de mantener la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial; además, el artículo 16 de la Convención Europea dispone que nada de lo previsto en el artículo 10 (al igual que en los artículos 11 y 14) será considerado como un obstáculo para imponer restricciones a la actividad política de los

<sup>864</sup> *Cfr.* La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, párrafo 28.

<sup>865</sup> *Ibidem*, párrafo 29.

extranjeros. Según una sentencia reciente de la Corte Europea de Derechos Humanos, el régimen de licencias a que, según el párrafo 1 del artículo 10, está sometida la operación de empresas cinematográficas o radioeléctricas, en la medida en que contribuye a la calidad y equilibrio de la programación, es un objetivo legítimo, aunque no corresponda directamente a ninguno de los propósitos indicados en el párrafo 2 del artículo 10.<sup>866</sup> El análisis de cada una de estas circunstancias será examinado más adelante, explorando si ellas están implícitas en las ya previstas por el Pacto y por la Convención Americana, o si, por el contrario, se trata de circunstancias distintas y adicionales a las anteriores. En cuanto a la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 29 indica que los derechos y las libertades de cada persona se ejercen respetando los derechos de los demás, la seguridad colectiva, la moral y el interés común, y señala la necesidad de velar por la preservación y el fortalecimiento de los valores culturales africanos positivos. A título ilustrativo, debe observarse que en el artículo 5 del proyecto de Declaración sobre Libertad de Información, aprobado por el Consejo Económico y Social de la ONU, se señala que ésta no puede ejercerse en oposición a los principios y propósitos de las Naciones Unidas, y que sólo podrá estar sujeta a las “limitaciones” que establezca la ley con el único propósito de lograr el debido reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la seguridad nacional, el orden público, la moral y el bienestar general en una sociedad democrática.

Todas estas listas son exhaustivas, sin que se les puedan añadir otros elementos considerados igualmente importantes; en consecuencia, cualquier consideración que no se encuentre expresamente prevista en ellas es absolutamente inadmisibles, y constituye una interferencia indebida con la libertad de expresión. No obstante, debe observarse que los criterios excesivamente ambiguos contemplados en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, tales como “moral”, “interés común”, o “la preservación y el fortalecimiento de los valores culturales africanos positivos”, por su falta de precisión, si bien no podría decirse que constituyen una violación del principio de legalidad, se apartan ostensiblemente de lo que es la esencia del mismo. Aunque en menor medida, este problema también se plantea en el caso del Pacto Internacional

<sup>866</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Demuth v. Switzerland*, sentencia del 5 de noviembre de 2002, párrafos 34 y 37.

de Derechos Civiles y Políticos y de las convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos, particularmente en lo que se refiere a la interpretación extensiva que se puede hacer de los conceptos de “moral pública” y de “orden público”, que se pueden prestar para hacer aplicables esas restricciones a los intereses sociales o culturales del Estado, o incluso a la protección de una determinada religión;<sup>867</sup> en el mismo sentido, y aunque haya sido superada por instrumentos vinculantes y de mayor entidad, también es bueno recordar la ambigüedad e imprecisión de algunos conceptos utilizados por la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 29, número 2, expresa que el ejercicio de los derechos humanos está sujeto a las limitaciones establecidas por la ley con objeto de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer “las justas exigencias de la moral”, del orden público, y del “bienestar general” en una sociedad democrática.

Estas imprecisiones han permitido que, en el caso de una condena penal que, según el gobierno, tenía por objeto proteger el orden público y la seguridad nacional, el afectado haya alegado ante la Corte Europea de Derechos Humanos que de la sentencia dictada en su contra se desprendería que el objeto de la interferencia con su libertad de expresión no habría sido ninguno de los anteriores, sino preservar el honor del gobierno; en este mismo caso, una sentencia del Tribunal Constitucional español también había subrayado que la seguridad del Estado podía verse comprometida por actos dirigidos a “desacreditar las instituciones democráticas”. En este caso, la Corte Europea observó que el señor Castells no solamente describía en su artículo de prensa una situación sumamente grave, caracterizada por numerosos asesinatos cometidos en el país Vasco, sino que se quejaba de la inactividad de las autoridades —y en particular de la policía—, acusándolos de colusión con los responsables de esos asesinatos y sugiriendo que los responsables estaban en el gobierno; bajo esas circunstancias, la Corte Europea consideró que las medidas adoptadas en contra del afectado lo habían sido para la prevención del desorden, y no solamente para la protección de la reputación de otros.<sup>868</sup> En realidad, no es extraño que una misma medida persiga dos o más de

<sup>867</sup> Cfr., en este sentido, E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por Danilo Türk y Louis Joinet, relatores especiales, párrafo 76.

<sup>868</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Castells v. Spain*, sentencia del 23 de abril de 1992, párrafos 38 y 39.

los propósitos antes referidos. En el caso *Karatas*, en que Turquía condenó a prisión y al pago de una multa al autor, de origen kurdo, de una antología de poemas que se consideraba que constituía propaganda en contra de “la unidad indivisible del Estado”, disponiendo además la confiscación de la publicación en cuestión, teniendo en cuenta lo sensible de la situación en el sudeste de Turquía, la Corte Europea de Derechos Humanos admitió que esas medidas podían perseguir algunos de los objetivos mencionados por el gobierno turco, y en particular la protección de la seguridad nacional, de la integridad territorial, y de la prevención del desorden y el delito.<sup>869</sup>

Pero también es importante subrayar que, según el artículo 30 de la Convención Americana, las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren “por razones de interés general” y con el propósito para el cual esas restricciones han sido establecidas. Por consiguiente, no es legítimo que, con el pretexto de alguno de los propósitos previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, se adopten medidas ideológicamente motivadas, que restrinjan el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado como incompatibles con la libertad de expresión —y con la vigencia de un sistema democrático representativo de gobierno— la existencia de figuras delictivas que sancionan a una persona solamente en razón de sus creencias;<sup>870</sup> asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha condenado la existencia de disposiciones constitucionales que, como en el caso del artículo 71 de la Constitución paraguaya de 1967, prohibía predicar el odio entre los paraguayos, o la lucha de clases, o hacer la apología del crimen o la violencia, y que en opinión de la Comisión había sido empleada repetidamente para silenciar simples expresiones de disconformidad de la oposición.<sup>871</sup> Según la Comisión Interamericana, la “seguridad nacional”, el

<sup>869</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 44. El título de la obra objetada es “La canción de la rebelión-Dersim”; en ella se glorificaba la rebelión armada en el Kurdistán y se propiciaba la independencia de esa región.

<sup>870</sup> Cfr. el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos correspondiente a 1973*, Washington, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1974, p. 29.

<sup>871</sup> Cfr. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, Washington, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1987, p. 71.

“orden público”, o “la salud o la moral públicas”, no constituyen conceptos vacíos que el Estado pueda determinar libre o arbitrariamente, sino que configuran lo que la doctrina jurídica conoce como conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido se puede precisar utilizando las reglas de la razonabilidad y de la sana lógica, y cuya interpretación sólo permite una solución justa.<sup>872</sup> Pero referirse a una “solución justa” resulta incluso más ambiguo que los conceptos que se desea interpretar; de manera que tal vez sería más adecuado señalar que esos conceptos deben interpretarse en el contexto del tratado respectivo, teniendo en cuenta su objeto y fin.

Un peligro implícito en las consideraciones antes referidas radica en que, invocando formalmente alguno de los propósitos que permiten restringir legítimamente la libertad de expresión, en realidad se persiga un objetivo diferente, que no está previsto entre aquellos que se consideran legítimos. En este sentido, en el caso *Karatas*, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que el afectado había sido condenado no tanto por haber incitado a la violencia, sino por haber diseminado propaganda separatista, refiriéndose a una región de Turquía como el Kurdistán, y por haber glorificado el movimiento insurreccional en esa región.<sup>873</sup> En estas circunstancias, cualquier restricción de la libertad de expresión resulta arbitraria, e incompatible con las normas internacionales que la regulan; por consiguiente, sin perjuicio de la deferencia que se debe conceder al Estado cuando éste alega alguno de los motivos que le faculta restringir la libertad de expresión, también es indispensable formular criterios que permitan detectar aquellos casos en que se coarta esta libertad con un propósito ilegítimo, tarea que ciertamente no es sencilla, debido al carácter subjetivo de muchos de los propósitos señalados en los instrumentos internacionales que comentamos, pero que no por eso podemos eludir. En particular, al buscar los indicios de la verdadera motivación de una medida restrictiva de la libertad de expresión, deben considerarse las circunstancias en que se adoptaron esas disposiciones, y la forma en que ellas han sido aplicadas.

<sup>872</sup> *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 69/98, caso 11.803, Chile, Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, párrafo 76.

<sup>873</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 52.

Pero vale la pena insistir en que no es suficiente que una determinada restricción se imponga por razones de interés general si al mismo tiempo no persigue uno de los propósitos legítimos específicamente señalados previamente. Las cadenas de radio y televisión, tan frecuentes en nuestros países, en cuanto imponen al propietario del medio de comunicación la carga de transmitir gratuitamente un mensaje oficial, constituyen una restricción de la libertad de expresión, que sin duda está sustentada en razones de interés general; pero si paralelamente no tienen como objetivo asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, la protección del orden público, la protección de la salud o de la moral pública, constituyen una interferencia ilegítima con la libertad de expresión, no permitida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni por la Convención Europea de Derechos Humanos, ni por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, un decreto del gobierno de Venezuela, que con el propósito de velar por el “patrimonio artístico nacional”, del cual “la música venezolana es una manifestación importante”, impone a las estaciones de radiodifusión sonora la obligación de incluir en sus programaciones musicales diarias como mínimo un 50% de música venezolana,<sup>874</sup> no corresponde a ninguno de los propósitos previstos como legítimos en los instrumentos internacionales antes referidos y, por lo tanto, es incompatible con los mismos.

Aunque en esta materia la Corte Suprema de los Estados Unidos ha adoptado un enfoque diferente, que somete el ejercicio de la libertad de expresión a las restricciones que sean razonables, relativas a la oportunidad, el lugar o la forma en que deseemos hacer uso de la misma, dicho tribunal ha subrayado que la aplicación de esta regla no puede estar basada en el contenido —o en el tema— de la expresión, ni puede estar abierta a la arbitrariedad; por consiguiente, la misma no admite su aplicación discrecional, pues ello podría conducir a la supresión de una idea o de un punto de vista particular.<sup>875</sup> En consecuencia, en la medida en que esas restricciones no pueden atacar la esencia de la libertad de expre-

<sup>874</sup> Cfr. el decreto núm. 598, del 3 de diciembre de 1974, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* del 9 de enero de 1975. Es interesante observar que la recientemente aprobada Ley Orgánica de Telecomunicaciones, del 12 de junio de 2000, en su artículo 208, núm. 4, ha ratificado la vigencia de dicho decreto.

<sup>875</sup> Cfr., por ejemplo, *Heffron v. Int'l Soc. for Krishna Consc.*, 452 U.S. 640 (1981).

sión, puede decirse que el resultado es exactamente el mismo que se persigue en los instrumentos internacionales que comentamos.

Lo que obviamente escapa al ámbito de los propósitos que se consideran legítimos es la existencia de sistemas jurídicos que constitucionalmente asumen determinadas concepciones del Estado y de la vida pública, incorporando principios ideológicos o religiosos que no permiten el disenso o la expresión de ideas o creencias diferentes. Sobre este particular, se ha señalado que para que la libertad de expresión sea efectiva, su ejercicio no debe estar vinculado a una determinada concepción de la vida pública pues, conforme al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, permitir la expresión de “ideas de toda índole” es una condición esencial para una verdadera libertad de expresión.<sup>876</sup>

### C. *Su proporcionalidad*

Cualquier restricción de la libertad de expresión debe ajustarse estrictamente a lo que sea necesario para alcanzar el propósito legítimo que se persigue. Pero la circunstancia de que se persiga un fin legítimo no justifica recurrir a cualquier medio para lograrlo; tanto los fines como los medios deben ser igualmente legítimos, y ninguna medida restrictiva de la libertad de expresión puede interferir con ella sustancialmente más de lo que sea estricta y razonablemente necesario. La demanda de proporcionalidad entre la interferencia a que se somete la libertad de expresión y los bienes jurídicos que se desea proteger impone a las autoridades del Estado la necesidad de poner en la balanza intereses contrapuestos e igualmente dignos de protección, debiendo determinar cuál es el que debe tener prioridad.

Para los efectos de su proporcionalidad, tratándose de medidas judiciales que interfieren con el ejercicio de la libertad de expresión, es irrelevante si ellas son el resultado de procedimientos civiles o criminales; en cualquiera de esos casos será necesario examinar si dicha medida está justificada por las circunstancias del caso, y si es proporcionada al propósito legítimo que se persigue. En el caso *News Verlags*, al pronunciar-

<sup>876</sup> Cfr. E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por Danilo Türk y Louis Joinet, relatores especiales, párrafo 32.

se sobre la falta de proporcionalidad de una decisión judicial que prohibía a una revista publicar la fotografía de una persona en conexión con el reportaje de procedimientos penales seguidos en su contra, la Corte Europea de Derechos Humanos parece haber tenido en consideración no sólo la circunstancia de que esa medida era lo suficientemente amplia como para prohibir la publicación de su foto independientemente del texto que la acompañara, sino que el carácter discriminatorio de la misma hacía que no hubiera proporcionalidad entre dicha medida y el fin legítimo que se perseguía, pues el resto de los medios de comunicación pudo hacer uso indiscriminado de esa fotografía durante el curso de los procedimientos penales en contra del acusado.<sup>877</sup> Pero el contexto también puede ser importante; en el caso de una manifestación pacífica que no amenazaba con desbordarse en una alteración del orden público, que se limitó a distribuir algunos panfletos y a agitar algunas pancartas, pero cuyos protagonistas fueron detenidos por poco más de siete horas, el tribunal europeo consideró que esa medida era desproporcionada.<sup>878</sup> Esa proporcionalidad también puede medirse en función de la naturaleza intrínseca de la medida que ha restringido el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, en el caso *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, en el que un tribunal austriaco había prohibido a los responsables de un periódico mural repetir la afirmación de que los líderes del Partido por la Libertad de Austria habían incitado a la población a la “agitación racista”, la Corte Europea consideró que esa medida era desproporcionada, teniendo en cuenta que aunque el comentario que se objetaba pudiera ser polémico, el mismo fue hecho en un contexto político determinado, que contribuía a la discusión de un asunto de interés general, como era el control de la inmigración y de la condición jurídica de los extranjeros en Austria, y que había sido el propio señor Jörg Haider quien había iniciado esa discusión.<sup>879</sup> Asimismo, en un caso en que las autoridades de un Estado se habían negado a incluir una revista de interés militar entre las publicaciones que se distribuían gratuitamente a sus soldados, alegando que dicha revista había generado fricciones en uno de

<sup>877</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, *Case of News Verlags GMBH & Cok v. Austria*, sentencia del 11 de enero de 2000, párrafos 47 y 59.

<sup>878</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Steel and others v. The United Kingdom*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, párrafo 110.

<sup>879</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, sentencia del 26 de febrero de 2002, párrafos 43 y 48.

sus cuarteles, el tribunal europeo señaló que la situación particular de un cuartel no era suficientemente seria como para justificar una medida cuyos efectos se extendían a todas las instalaciones militares, en todo el territorio de ese Estado.<sup>880</sup> Similarmente, en *Wingrove v. The United Kingdom*, la Corte indicó que el elevado umbral que en el derecho inglés había que traspasar para cometer el delito de blasfemia constituía en sí mismo una garantía en contra de la arbitrariedad, por lo que la restricción a la libertad de expresión impuesta en ese caso no podía considerarse excesiva.<sup>881</sup>

Es conveniente subrayar que este requisito resulta aplicable no sólo a las medidas dirigidas a evitar que se difunda un mensaje que pueda amenazar alguno de aquellos intereses cuya protección permite restringir la libertad de expresión, sino también a las sanciones posteriores que se puedan disponer como resultado del ejercicio abusivo de esa libertad, las cuales deben ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue, y al efecto que cualquiera de esas medidas puede tener en el ejercicio de la libertad de expresión. En tal sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la condena penal de los periodistas no constituye un medio razonablemente proporcionado para procurar alguno de aquellos objetivos legítimos que autorizan restringir la libertad de expresión, pues también debe tenerse en cuenta el interés de una sociedad democrática en asegurar y mantener la libertad de prensa.<sup>882</sup> En el caso *Lingens*, la Corte observó que si bien la imposición de una multa al autor de un artículo de prensa no le impedía expresarse y no constituía censura previa, en el contexto del debate político probablemente inhibiría a los periodistas de contribuir a la discusión pública sobre temas que afecten la vida de la comunidad, pues una sanción como la antes referida puede obstaculizar la labor que le corresponde a la prensa como guardiana de los asuntos públicos.<sup>883</sup> El mismo tribunal ha indicado que la compensación dispuesta en un juicio por difamación debe ser una suma proporcionada al daño causado. En efecto, en un caso en que en un juicio por difa-

<sup>880</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, 23 de noviembre de 1994, párrafo 39.

<sup>881</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wingrove v. The United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1996, párrafos 60 y 61.

<sup>882</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire du Roy et Malariaie c. France*, sentencia del 3 de octubre de 2000, párrafo 37.

<sup>883</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Lingens*, sentencia del 8 de julio de 1986, párrafo 44.

mación se acordó una indemnización de un millón y medio de libras esterlinas, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que un jurado no está en libertad de fijar el monto que le plazca a título de compensación, y que, de acuerdo con la Convención Europea de Derechos Humanos, una indemnización por difamación debe guardar una razonable relación de proporcionalidad con el daño sufrido por la reputación de la persona agraviada; en el presente caso, el tribunal europeo observó que la suma acordada a título de compensación era tres veces mayor que la más alta compensación otorgada previamente en Inglaterra, sin que se hubiera otorgado una indemnización comparable desde que se dictó la sentencia respectiva, y que una compensación de esa magnitud debía ser objeto de especial análisis, debido a que el derecho interno no contemplaba la garantía de una razonable relación de proporcionalidad entre dicha compensación y el propósito legítimo que se perseguía con ella.<sup>884</sup>

Vista desde otro ángulo, para que una medida restrictiva de la libertad de expresión sea legítima, debe haber una relación directa entre los fines que se persiguen y el medio empleado para alcanzarlos; en consecuencia, dicha restricción debe ser un medio eficaz para lograr esos fines, sin interferir con la libertad de expresión más allá de lo que sea estrictamente necesario. Según la Corte Europea de Derechos Humanos, cuando se trata de restricciones que interfieren con la difusión de juicios de valor, esa relación de proporcionalidad entre medios y fines puede depender de que exista una suficiente base fáctica que sirva de sustento a esos juicios de valor;<sup>885</sup> asimismo, la Corte ha subrayado que la proporcionalidad de una interferencia con la libertad de expresión puede depender de la oportunidad que se le haya brindado a la persona afectada por la misma para demostrar que lo afirmado por ella constituía un comentario apropiado (*fair comment*).<sup>886</sup> Por el contrario, la Corte Europea ha aceptado que las autoridades del Estado, como responsables del orden público, puedan adoptar medidas, incluso de naturaleza penal, para reaccionar “apropiadamente y sin exceso” ante los ataques y las críticas injustificadas de sus adversarios;<sup>887</sup> pero debe observarse que el

<sup>884</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, sentencia del 23 de junio de 1995, párrafos 49 y 55.

<sup>885</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Jerusalem v. Austria*, sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 43.

<sup>886</sup> *Ibidem*, párrafo 46.

<sup>887</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 60.

tribunal parece restringir este tipo de medidas sólo a aquellos casos en que tales expresiones inciten a la violencia en contra de un individuo, de un funcionario público o de un sector de la población.<sup>888</sup> Además, el tribunal europeo ha señalado que al ponderar la proporcionalidad de la medida adoptada por el Estado, cuando ésta consista en sanciones penales, también debe tenerse en cuenta la severidad de las mismas.<sup>889</sup> Sin embargo, el juez Bonello —de la Corte Europea de Derechos Humanos— considera que en una sociedad democrática la sanción penal de aquellos que estimulan la violencia sólo puede estar justificada si el mensaje tiene el efecto de producir un peligro claro y presente; pero, en su opinión, cuando la invitación al uso de la fuerza se presenta en forma intelectualizada, abstracta y remota en términos de tiempo y espacio del lugar de un foco de conflicto actual o inminente, la libertad de expresión conserva su carácter fundamental, y debe prevalecer.<sup>890</sup>

Por su trascendencia, a este elemento se hace referencia en el documento de Copenhague sobre la dimensión humana de la seguridad y cooperación en Europa, en el que la OSCE indicó que cualquier restricción a los derechos y libertades debe relacionarse con alguno de los objetivos de la ley pertinente, y debe ser “estrictamente proporcionada” a ese objetivo.<sup>891</sup> Esa proporcionalidad debe medirse en una doble dimensión: por una parte, las medidas adoptadas para restringir la libertad de expresión deben ser proporcionadas al bien jurídico que se pretende proteger; por la otra, este criterio supone un adecuado equilibrio entre la legitimidad de la expresión y la legitimidad de las restricciones a que se le quiere someter, lo cual implica un juicio de valor sobre el contenido del mensaje.

A juicio de los relatores especiales designados por la antigua Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Organización de Naciones Unidas para examinar el derecho a la libertad de opinión y de expresión, la privación de libertad es una sanción manifiestamente desproporcionada, que no debería estar prevista en el ámbito de la libertad de expresión, salvo en los casos excepcionales en

<sup>888</sup> *Idem*.

<sup>889</sup> *Ibidem*, párrafo 62.

<sup>890</sup> *Cfr.* su opinión concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Sürek and Özdemir v. Turkey, sentencia del 8 de julio de 1999.

<sup>891</sup> *Cfr.* el Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, del 29 de junio de 1990, párrafo 24.

que exista un peligro manifiesto e inmediato de violencia.<sup>892</sup> En opinión de los relatores especiales, las sanciones que afectan la libertad de desplazamiento de las personas, o el ejercicio de sus actividades profesionales —tales como la prohibición de escribir o dirigir un periódico, la prohibición de enseñar, las dimisiones forzadas, o la obstrucción de los ascensos— plantean cuestiones de proporcionalidad y de necesidad democrática, a pesar de que ellas no son necesariamente aplicadas por los órganos del Estado, sino por grupos privados.<sup>893</sup> Por el contrario, el derecho de respuesta, entendido ya sea como sanción penal o como reparación civil, o la obligación de publicar el fallo condenatorio en un proceso por difamación, no plantearían dificultades en cuanto a su proporcionalidad.<sup>894</sup> No obstante la frecuencia con que se le utiliza y el carácter radical que ella reviste, constituyendo una forma de censura, los relatores no se refieren a la confiscación de una publicación diseñada para ser distribuida entre el público, que tiene el efecto de la censura, y cuyas consecuencias adversas pueden no tener ninguna proporción con los legítimos intereses que esa medida pretende proteger. En otras palabras, lo que este principio requiere es asegurarse que el remedio no pueda ocasionar un mal mayor que el daño que se pretende evitar, y que para alcanzar el objetivo que se persigue se recurra a la medida menos restrictiva de la libertad.

De manera concordante con lo antes expuesto, el magistrado Tomás Vives Antón, del Tribunal Constitucional español, ha sostenido que el recurso a la vía penal es incompatible con la libertad de expresión pues, en su opinión

la libertad de expresión necesita un amplio espacio para desarrollarse, un ámbito de seguridad suficientemente extenso para que quien hace uso de ella pueda calcular las consecuencias de lo que dice o escribe y, si esto es, en general cierto, lo es más todavía frente a la incidencia de la vía penal que, por sus peculiares características, comporta el recurso a un instrumento intimidatorio (la pena) mediante el que se intenta evitar que los ciudadanos infrinjan la ley. Si ese instrumento intimidatorio se proyecta sobre conductas demasiado cercanas a lo que constituye el legítimo ejercicio

<sup>892</sup> Cfr. E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por Danilo Türk y Louis Joinet, relatores especiales, párrafo 83.

<sup>893</sup> *Ibidem*, párrafos 84 y 86.

<sup>894</sup> *Ibidem*, párrafo 148.

de la libertad de expresión (a cuyo núcleo pertenece la crítica a personajes públicos) puede producir sobre ésta un “efecto de desaliento” que limite indebidamente el libre flujo de las opiniones.<sup>895</sup>

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha subrayado la necesidad de que la naturaleza y la severidad de las sanciones dispuestas en un caso particular sean factores que también se tomen debidamente en cuenta al evaluar la proporcionalidad de ese tipo de interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión; en este sentido, en el caso *Karatas* el tribunal europeo se mostró sorprendido por el persistente empeño del fiscal en asegurar una sentencia condenatoria, y por la severidad de la pena impuesta al afectado, que había sido condenado a más de trece meses de prisión por la publicación de una antología de poemas que, aunque contenía pasajes particularmente agresivos en contra de las autoridades turcas, sólo podía tener un impacto limitado en un número reducido de lectores.<sup>896</sup> Este criterio no fue compartido por algunos jueces de la Corte Europea, quienes —por contraste— citaron la letra de la *Marsellesa* como un ejemplo poético del llamado a las armas.<sup>897</sup> Asimismo, el tribunal europeo ha subrayado la necesidad de que exista un adecuado equilibrio entre las medidas adoptadas por las autoridades nacionales y la conducta que con ellas se intenta rectificar; en este sentido, en el caso *Marônek v. Slovakia*, la Corte sostuvo que las razones invocadas por los tribunales domésticos para imponer una condena por difamación no parecían suficientemente convincentes como para justificar el relativamente alto monto de la compensación pecuniaria acordada a los demandantes, pues, entre otras cosas, ellos habían sido objeto de un proce-

<sup>895</sup> Voto particular que formula a la sentencia núm. 79/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 3696/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, núm. 147 (suplemento).

<sup>896</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 49, 52 y 53. Si bien dichos poemas podían interpretarse como una incitación al odio, a la rebelión y al uso de la violencia, la Corte llamó la atención sobre la naturaleza del medio empleado por el afectado —la poesía—, forma de expresión que, en opinión del tribunal, atraería sólo a una minoría de lectores.

<sup>897</sup> *Cfr.* la opinión conjunta, parcialmente disidente, de los jueces Wildhaber, Pastor Ridruejo, Costa y Baka, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999. En opinión de quien escribe estas líneas, esa apreciación atribuye a la *Marsellesa* una dimensión mucho mayor de la que tiene en cuanto expresión de un sentimiento revolucionario en marcha, y la confunde con la causa de la revolución.

dimiento disciplinario antes de la publicación de la carta abierta que dio origen al juicio por difamación; de manera que cualquier daño que ellos hubieran sufrido en este contexto no podía imputarse al peticionario, y no podía concluirse que había una relación razonable de proporcionalidad entre la medida aplicada por las autoridades nacionales y el propósito legítimo perseguido por ellas.<sup>898</sup> En el mismo sentido, en el caso *Jersild v. Denmark*, la Corte sostuvo que el hecho de que a un periodista se le hubiera impuesto una pequeña multa por producir y difundir un programa de televisión era el que sus entrevistados emitieron conceptos racistas no era relevante; lo que importaba es que el periodista fue condenado, y que esta medida era desproporcionada para lograr el objetivo de proteger la reputación o los derechos de otros.<sup>899</sup> En el mismo sentido, en el caso *Lopes Gomes da Silva*, contrariamente a lo que sostenía el gobierno de Portugal, la Corte Europea indicó que lo relevante no era el carácter mínimo de la pena (de carácter puramente pecuniario) infligida al periodista, sino el hecho mismo de su condena, pues, considerando el interés de una sociedad democrática en preservar una prensa libre, la condena de los periodistas no representa un medio razonablemente proporcionado para procurar el objetivo legítimo que se perseguía.<sup>900</sup>

Para la Corte Europea de Derechos Humanos, una de las razones que justifica el reconocer a las autoridades nacionales un cierto margen de apreciación para determinar si una interferencia con la libertad de expresión es proporcionada al fin legítimo que persigue deriva de los “deberes y responsabilidades” que según el artículo 10 de la Convención Europea entraña el ejercicio de esta libertad, los cuales asumen una significación especial al momento de restringir su ejercicio.<sup>901</sup> En opinión de la Corte Europea, al revisar las decisiones de las tribunales nacionales, ella debe asegurarse de que las sanciones impuestas a la prensa hayan sido estrictamente proporcionadas y requeridas por afirmaciones que traspasaron los límites de la crítica aceptable, pero sin privar de protección a las afirmaciones efectivamente amparados por el artículo 10 de la Convención

<sup>898</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Marônek v. Slovakia*, sentencia del 19 de abril de 2001, párrafos 58 y 59.

<sup>899</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafos 35 y 37.

<sup>900</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, *Affaire Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, sentencia del 28 de septiembre de 2000, párrafo 36.

<sup>901</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Rekvényi v. Hungary*, sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafo 43.

Europea; por consiguiente, el ejercicio de la libertad de expresión es un asunto complejo y delicado, por lo que una sanción impuesta a un periodista sólo se justifica si lo expresado por éste ha traspasado los límites de la crítica aceptable.<sup>902</sup>

En el caso de la confiscación de una película, no obstante que ella había permanentemente imposible que se pudiera exhibir en cualquier otro lugar distinto a la jurisdicción que la censuró, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que dicha medida no era desproporcionada en relación con el propósito legítimo que se perseguía, y que no podía interpretarse que el artículo 10 de la Convención Europea prohibía la confiscación de objetos cuya utilización había sido declarada ilícita.<sup>903</sup> Pero, por otra parte, ese mismo tribunal ha señalado que el interés de una sociedad democrática en asegurar y mantener una prensa libre debe pesar decisivamente en la balanza al determinar si una restricción ha sido proporcionada al propósito legítimo que se persigue con ella.<sup>904</sup> En su sentencia en el caso *Goodwin v. The United Kingdom*, en que las autoridades nacionales habían dispuesto que un periodista revelara la fuente de su información respecto de las dificultades financieras de una empresa, la Corte determinó que los intereses de esa empresa en eliminar de esta forma la amenaza residual de difundir información confidencial por medios distintos de la prensa, desenmascarando a un empleado desleal, y pudiendo demandarlo para obtener una compensación, incluso si se consideraban en forma acumulativa, no eran suficientes para superar la importancia del interés público en proteger las fuentes periodísticas, por lo que, en opinión de la Corte, no había una relación de proporcionalidad entre el legítimo objetivo que se perseguía mediante la orden de revelar la fuente y los medios empleados para alcanzarlo.<sup>905</sup> Asimismo, en el caso *Ezelin*, en que un abogado fue objeto de sanciones disciplinarias por no haber manifestado su desacuerdo con los inmanejables incidentes que ocurrieron durante una manifestación en la que había participado, entendiéndose que esa actitud era el reflejo de que dicha persona avalaba y apo-

<sup>902</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Perna v. Italy*, sentencia del 25 de julio de 2001, párrafo 46.

<sup>903</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 57.

<sup>904</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Goodwin v. The United Kingdom*, sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 40.

<sup>905</sup> *Ibidem*, párrafos 45 y 46.

yaba activamente tales excesos, aunque la Corte Europea admitió que dicha medida perseguía el propósito legítimo de prevenir el desorden, y si bien la pena impuesta se situaba en el nivel más bajo de las sanciones disciplinarias previstas en el decreto que regulaba el ejercicio de la profesión de abogado, el citado tribunal indicó que la búsqueda de un adecuado equilibrio entre la libertad de expresión y otros intereses no puede resultar en disuadir a los abogados de manifestar sus ideas o creencias por temor a sanciones disciplinarias.<sup>906</sup>

En el caso de una publicación periódica respecto de la cual se dispuso una orden de prohibición de volver a publicar un artículo que a partir de un incidente suficientemente comprobado, pero posiblemente aislado, criticaba las prácticas comerciales de una empresa, la misma Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que en una economía de mercado una empresa inevitablemente se expone a una estricta vigilancia por parte de sus competidores; de manera que sus estrategias comerciales y su forma de cumplir sus compromisos pueden dar origen a críticas de parte de los consumidores y de la prensa especializada. El tribunal europeo admitió que para llevar a cabo esta tarea la prensa especializada debía poder revelar hechos que podían ser de interés para sus lectores, y contribuir a la transparencia de las actividades comerciales. Sin embargo, en una votación dividida nueve votos contra nueve, con el voto decisorio del presidente, en este caso el tribunal consideró que incluso la publicación de asuntos que eran verdaderos y que describían eventos reales podían, bajo ciertas circunstancias, estar prohibidos; además, una afirmación veraz puede estar calificada por observaciones adicionales, por juicios de valor, por suposiciones, o incluso por insinuaciones. Según la Corte, también debe reconocerse que un hecho aislado merece ser analizado muy de cerca antes de hacerlo público; de lo contrario, una descripción veraz de ese incidente puede dar la falsa impresión de que éste es evidencia de una práctica general. De manera que a juicio del tribunal todos estos elementos podían contribuir legítimamente a la valoración de la afirmación hecha en un contexto comercial, pero que correspondía a los tribunales nacionales decidir qué afirmaciones podían permitirse y cuáles no.<sup>907</sup> En consecuencia, hay que inferir que en este caso, según la Corte

<sup>906</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ezelin v. France*, sentencia del 18 de marzo de 1991, párrafos 47 y 52.

<sup>907</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos *Case of Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann*, sentencia del 20 de noviembre de 1989, párrafo 35.

Europea, la restricción a la libertad de expresión aplicada por los tribunales alemanes prohibiendo que se volviera a publicar la información contenida en uno de sus boletines fue proporcionada al propósito de proteger los derechos de otros.<sup>908</sup> Asimismo, en el caso *Rekvényi v. Hungary*, en que diversas disposiciones del derecho húngaro —incluyendo normas constitucionales— restringían la participación política de los policías, la Corte Europea aceptó que el propósito de las mismas era despolitizar los cuerpos policiales, en un momento en que Hungría se estaba transformando de un régimen totalitario a una democracia pluralista, y que, en vista del compromiso que durante el periodo anterior la policía tenía con el partido gobernante, dicha restricción era necesaria, *inter alia*, para proteger la seguridad pública y para prevenir el desorden,<sup>909</sup> y no constituía una medida que pudiera considerarse excesiva<sup>910</sup> o desproporcionada.<sup>911</sup> El tribunal subrayó que los oficiales de policía están investidos de poderes coercitivos para regular la conducta de los ciudadanos, y que en algunos países pueden portar armas para el desempeño de sus funciones; además, la fuerza policial está al servicio del Estado, y los miembros del público tienen derecho a esperar que en su trato con la policía ellos se enfrenten con oficiales políticamente neutrales, que no están comprometidos en la refriega política; por consiguiente, la Corte estimó que el deseo de asegurar que el papel crucial de la policía en la sociedad no se vea afectado por la corrosión de la neutralidad política de sus oficiales es perfectamente compatible con principios democráticos, y persigue el objetivo legítimo de proteger, *inter alia*, la seguridad pública y la prevención del desorden,<sup>912</sup> por lo que las medidas que restringían la actividad política de los policías no eran desproporcionadas para lograr esos objetivos.<sup>913</sup> Por el contrario, en una decisión más reciente, en un caso en que se obligó a pagar una cuantiosa indemnización pecuniaria a los responsables de publicar por la prensa las entrevistas concedidas por quienes se habían sometido a operaciones de cirugía estética, en las que señalaban que después de las mismas habían quedado “desfiguradas”, que sus vidas habían sido “arruinadas”, que habían sido “mutiladas”, y que no habían

<sup>908</sup> *Ibidem*, párrafo 31.

<sup>909</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Rekvényi v. Hungary*, sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafos 39 y 41.

<sup>910</sup> *Ibidem*, párrafo 49.

<sup>911</sup> *Ibidem*, párrafo 50.

<sup>912</sup> *Ibidem*, párrafo 41.

<sup>913</sup> *Ibidem*, párrafo 50.

contado con los cuidados necesarios después de la operación, la Corte Europea consideró que no había una razonable relación de proporcionalidad entre las restricciones a que, con dicha medida se sometía a la libertad de expresión, y los legítimos objetivos que se perseguían;<sup>914</sup> le sentencia impugnada imponía una indemnización pecuniaria cercana a los cinco millones de coronas noruegas, que según los afectados era la más cuantiosa que se había concedido por los tribunales noruegos en un caso de difamación, y que tenía un efecto inhibitorio en el ejercicio de la libertad de expresión.<sup>915</sup>

La existencia de otros medios que hagan posible la difusión de determinadas informaciones o ideas es, también, otro elemento que la Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido en consideración para establecer si una medida que restrinja la libertad de expresión es proporcionada al propósito que se persigue. En este sentido, en el caso *Jacobowski v. Germany*, en que los tribunales nacionales habían prohibido a una persona distribuir una circular que pretendía servir de respuesta a un comunicado de prensa emitido por sus antiguos empleadores y que ponía en duda su competencia profesional, el tribunal europeo observó que tal prohibición se refería solamente al método elegido para circular esa información, y que el afectado podía difundir sus opiniones y defenderse a sí mismo por otros medios (distintos de esa circular), por lo que no podía considerarse que esa medida, que interfería con su libertad de expresión, fuera desproporcionada.<sup>916</sup>

Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, no basta demostrar que el fin que se persigue con una restricción sea apremiante y que tenga carácter preferente frente a la libertad de expresión; también se requiere que los medios empleados para ello estén cuidadosamente diseñados para alcanzar esos fines sin interferir indebidamente con el ejercicio de la libertad de expresión.<sup>917</sup> En consecuencia, si se tiene en cuenta el carácter fundamental y preferente de la libertad de expresión, tampoco resulta razonable interpretar o aplicar esas restricciones de manera tan amplia que puedan desnaturalizar la esencia misma de la libertad de expresión.

<sup>914</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Bergens Tidende and others v. Norway*, sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 60.

<sup>915</sup> *Ibidem*, párrafo 38.

<sup>916</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jacobowski v. Germany*, sentencia del 26 de mayo de 1994, párrafo 29.

<sup>917</sup> *Cfr.* *Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989).

En este sentido, la doctrina de la “construcción excesivamente amplia” esbozada por la Corte, si bien no hace referencia expresa a esta circunstancia, apunta directamente a su falta de proporción con los fines que persiguen algunas medidas dirigidas a restringir la libertad de expresión. En relación con una resolución de las autoridades del aeropuerto internacional de la ciudad de Los Ángeles, que declaraba que cualquier actividad vinculada con la libertad de expresión constituía una contravención a los usos permitidos dentro de la terminal aérea y que la misma sería objeto de acciones legales, la Corte Suprema de los Estados Unidos observó que esta resolución cubría todo el universo de la actividad expresiva, y que al prohibir toda expresión protegida estaba creando una “zona libre de libertad de expresión”;<sup>918</sup> la mencionada resolución fue considerada inconstitucional, pues no se limitaba a regular la actividad expresiva que pudiera crear problemas para el funcionamiento adecuado del aeropuerto, tales como una congestión de sus actividades, sino que prohibía incluso el conversar o leer, o el uso de alguna insignia o de vestuario que tuviera un carácter simbólico, lo que permitía que cualquier persona que ingresara al aeropuerto pudiera ser acusada de violar esa resolución.<sup>919</sup> No se podía concebir, a juicio del tribunal, ningún interés social que pudiera justificar una prohibición absoluta de la expresión como la antes referida.<sup>920</sup> En este mismo sentido, el juez Blackmun ha reconocido la existencia de un legítimo interés estatal en prohibir la realización de actos sexuales en público —incluyendo una librería—, pero ha rechazado que el método adecuado para sancionar y disuadir tales actos sea cerrar la librería, en vez de arrestar a quienes los cometieron.<sup>921</sup>

En cuanto se refiere a medidas restrictivas de la expresión comercial, Lawrence Tribe ha observado que la doctrina de la expresión comercial representa un compromiso entre el derecho a transmitir y recibir información sobre los bienes y servicios disponibles con el derecho del Estado a regular las transacciones que recaigan sobre esos bienes y servicios;<sup>922</sup> en este sentido, a partir de la autoridad del Estado para regular las transacciones comerciales, la Corte Suprema de los Estados Unidos

<sup>918</sup> *Cfr.* *Airport Commissioners v. Jews for Jesus, Inc.*, 482 U.S. 569 (1987).

<sup>919</sup> *Idem.*

<sup>920</sup> *Idem.*

<sup>921</sup> *Cfr.* su opinión disidente, a la que se unieron los jueces Brennan y Marshall, en *Arcara v. Cloud Books, Inc.*, 478 U.S. 697 (1986).

<sup>922</sup> *Cfr. Constitutional Law*, 2a. ed., Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1988, p. 903.

ha concluido que el Estado también pueda regular los mensajes comerciales, que inevitablemente están vinculados a esas transacciones.<sup>923</sup> Sin embargo, el citado tribunal entiende que su competencia disminuye cuando, más que los aspectos estrictamente comerciales, la actividad reguladora que emprenda pueda atacar la sustancia de la información comunicada; la Corte Suprema ha sugerido que, debido a su “mayor rigidez”, derivada del afán de lucro que la inspira, en su caso probablemente disminuye el efecto inhibitor que genera toda regulación; a juicio del tribunal, cuando el Estado regula los mensajes comerciales para proteger a los consumidores de propaganda engañosa, fraudulenta o agresiva, o cuando requiere divulgar información de interés para el consumidor, el propósito de esa restricción sería compatible con la garantía constitucional de la libertad de expresión; pero en el caso de regulaciones estatales que prohíben completamente anunciar, de cualquier manera, el precio de cualquier bebida alcohólica ofrecida para la venta dentro del Estado (excepto por las etiquetas o signos desplegados dentro de las instalaciones autorizadas para la venta de estas bebidas, y siempre que no sean visibles desde la calle), para lograr un objetivo que no está relacionado con la protección del consumidor, esta restricción debe ser vista con especial cuidado, y tales medidas no deberían ser aprobadas a menos que el mensaje comercial sea engañoso o esté relacionado con una actividad ilegal;<sup>924</sup> según la Corte, al evaluar la eficacia de una restricción para promover un interés público legítimo, no se puede aprobar una restricción de mensajes comerciales que proporciona un apoyo remoto o ineficaz a los propósitos gubernamentales; en consecuencia, corresponde al Estado el peso de la prueba de demostrar no solamente que su regulación promoverá la realización de ese interés público, sino también que lo hará en un grado sustancial, particularmente cuando se ha recurrido a una medida tan drástica.<sup>925</sup> Es decir, debe haber una razonable correspondencia entre el objetivo que se persigue y el método empleado para lograrlo.

El medio empleado es, también, un aspecto esencial para determinar si una determinada restricción es proporcionada al fin que se persigue. En un caso en que la ley sancionaba como delito poner a disposición del público en general materiales que podían ejercer una influencia potencialmente dañina para los menores de edad, la Corte Suprema de los Estados

<sup>923</sup> *Cfr.* Friedman v. Rogers, 440 U.S. 1 (1979).

<sup>924</sup> *Cfr.* 44 Liquormart, Inc. et al. v. Rhode Island et al., 517 U.S. 484 (1996).

<sup>925</sup> *Idem.*

Unidos consideró que la medida dispuesta por la ley tenía un alcance excesivo y no era proporcionada al fin legítimo que se perseguía, puesto que negaba a los adultos su derecho a expresarse libremente (entendiendo esta libertad en su sentido más amplio, que comprende tanto la libertad de expresión como la de información), puesto que solamente les permitía tener acceso a aquellos materiales que eran aceptables para los niños, por lo que esa legislación no restringía razonablemente el mal que se quería evitar.<sup>926</sup> A juicio del tribunal, el Estado no puede reducir a la población adulta solamente a aquella información que es apropiada para los niños;<sup>927</sup> para subrayar lo desproporcionado de esa medida, la Corte sostiene que una regulación de esa naturaleza equivaldría a incendiar la casa para asar el cerdo.<sup>928</sup>

Por otra parte, la proporcionalidad de las medidas que interfieren con la libertad de expresión también se puede medir de acuerdo con la capacidad del mensaje que se objeta para, en efecto, amenazar el bien jurídico que se desea proteger. En el caso *Karatas*, en que Turquía había adoptado diversas medidas para sancionar la difusión de un mensaje que consideraba que constituía una incitación a la violencia y una amenaza para la unidad indivisible del Estado, la Corte Europea observó que el afectado había expresado sus puntos de vista a través de la poesía, que por definición está dirigida a una audiencia muy pequeña, en vez de hacerlo a través de los medios de comunicación de masas, circunstancia que limitaba en una medida sustancial el potencial impacto de ese mensaje respecto de la seguridad nacional, el orden público o la integridad territorial; en opinión del tribunal europeo, aunque algunos de los pasajes de esos poemas tuvieran un tono muy agresivo y parecieran invitar al uso de la violencia, el hecho de que ellos fueran de una naturaleza artística y de un impacto limitado reflejaría que eran la expresión de una profunda angustia frente a las dificultades de una situación política determinada, más que un llamado al levantamiento popular, por lo que las medidas adoptadas para restringir ese mensaje eran desproporcionadas e innecesarias en una sociedad democrática.<sup>929</sup>

<sup>926</sup> *Cfr.* *Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957).

<sup>927</sup> *Idem.*

<sup>928</sup> *Idem.*

<sup>929</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 52 y 54.

En la medida en que las restricciones previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos son la excepción y no la regla, ellas tienen que aplicarse con prudencia, para no ir más allá de los propósitos que ellas pretenden proteger, y para evitar coartar indebidamente el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que es el equilibrio entre la libertad de expresión, como principio general, y las limitaciones y restricciones a que ella pueda estar sometida lo que determina el ámbito real del derecho de la persona.<sup>930</sup> Asimismo, el citado Comité ha observado que cuando un Estado imponga ciertas condiciones o restricciones al ejercicio del derecho a expresarse, ellas no deben poner en peligro este derecho,<sup>931</sup> con lo cual probablemente ha querido sugerir que no se debe afectar la esencia del derecho.

En último término, también debe tenerse en consideración que el principio de proporcionalidad se aplica no solamente al tipo de restricciones a que se puede someter la libertad de expresión, sino también a la naturaleza de las sanciones que se puedan imponer al autor del mensaje; de manera que dichas sanciones tampoco pueden ser desproporcionadas o superfluas.

#### D. *Su necesidad en una sociedad democrática*

De lo dicho hasta aquí resulta manifiesto que, en principio, en presencia de un peligro claro e inminente que amenace otros bienes jurídicos de especial relevancia, la libertad de expresión puede verse desplazada para preservar esos otros intereses. Sin embargo, a menos que se pretenda vaciar la libertad de expresión de todo contenido, esa necesidad tiene que demostrarse, y las restricciones que deriven de ella tienen que ser compatibles con una sociedad democrática. Por consiguiente, cualquier disposición que restrinja o coarte la libertad de expresión debe evaluarse teniendo en consideración el núcleo esencial de la libertad de expresión, que consiste en el carácter intangible del debate político libre y abierto en una sociedad democrática, y que interesa a todos los miembros del cuerpo social.

<sup>930</sup> Cfr. *Observaciones generales formuladas con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto*, Observación general 10, párrafo 3, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Suplemento núm. 40 (A/38/40), Nueva York, Naciones Unidas, 1983, p. 111.

<sup>931</sup> *Ibidem*, párrafo 4, p. 111.

a. Su estricta necesidad

Según Louis Brandeis, siendo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la necesidad que es esencial para la legitimidad de una restricción no existe, a menos que la expresión pueda producir, o esté dirigida a producir, un peligro claro e inminente de algún daño sustantivo que el Estado tiene la facultad constitucional de tratar de evitar.<sup>932</sup> Para ese momento, el mencionado tribunal no había determinado cuándo un peligro podía considerarse claro, o qué tan remoto podía ser dicho peligro para que aún se considerara presente o inminente, ni qué grado de daño podía considerarse suficientemente sustantivo como para que se justificara recurrir a restringir la libertad de expresión como medio de protección; lo que sí es evidente es que, si el peligro no está actualmente presente, o si no es inminente, incluso la probabilidad de ese peligro resulta irrelevante. De modo que, en opinión del juez Brandeis, para llegar a conclusiones lógicas sobre esta materia había que tener en cuenta por qué un Estado normalmente no tiene la facultad de prohibir la diseminación de doctrinas sociales, económicas o políticas que la vasta mayoría de los ciudadanos considera falsas o cargadas de consecuencias negativas.<sup>933</sup> Lo dicho por Brandeis conduce necesariamente a considerar cualquier posible restricción a la luz del tipo de sociedad que queremos. En efecto, la necesidad de cualquier restricción debe evaluarse no sólo de acuerdo con los propósitos legítimos que la inspiran, incluyendo la protección de los derechos de los demás, la seguridad de todos, o las justas exigencias del bien común, sino que, sobre todo, debe considerarse su pertinencia en el marco de una sociedad democrática. El sentido de esta expresión implica, entre otras cosas, una sociedad pluralista, impregnada de un espíritu de tolerancia, y abierta a todo tipo de ideas. Además, como cuestión de principio, respecto de cualquier restricción relativa a la libertad de expresión, según la Corte Europea de Derechos Humanos —que ocasionalmente también parece haber adoptado el criterio del peligro claro y presente— esta circunstancia debe establecerse de manera convincente.<sup>934</sup> A juicio del juez Bonello —de la Corte Europea de Derechos

<sup>932</sup> *Cfr.* su opinión concurrente en *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

<sup>933</sup> *Idem.*

<sup>934</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Goodwin v. The United Kingdom*, sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 40.

Humanos—, para dar por establecido que se está en presencia de un peligro claro y presente debe demostrarse que se esperan actos inmediatos de grave violencia, o que precisamente ese fue el propósito del mensaje, o que la conducta anterior del autor del mismo proporciona suficientes razones para creer que su apología de la violencia producirá una acción inmediata y dolorosa.<sup>935</sup>

Para que sea necesaria, en opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, no basta con que dicha restricción proporcione un apoyo remoto o ineficaz a los legítimos propósitos del Estado, sino que debe demostrarse —y la carga de la prueba le corresponde al Estado— que lo hace en un grado sustancial.<sup>936</sup> Paradójicamente, al considerar la constitucionalidad de la Ley de Registro de los Agentes Extranjeros de 1938, en la forma enmendada en 1942, que utiliza la expresión “propaganda política” para identificar materiales regulados por el estatuto antes citado (tales como libros, revistas, películas, etcétera), y cuya definición incluye cualquier mensaje que tenga el propósito de influir en la política exterior de los Estados Unidos, no obstante que el afectado, un senador de la legislatura del estado de California que deseaba exhibir tres películas canadienses sobre el efecto para el medio ambiente de una guerra nuclear y de la lluvia ácida (una de las cuales había recibido un Óscar como el mejor documental extranjero en 1983), había alegado que calificar una película con esa expresión peyorativa era innecesario y no servía a ningún interés legítimo del Estado, la Corte Suprema de los Estados Unidos, al rechazar que esta medida restringiera la libertad de expresión, no se pronunció sobre la necesidad de la misma.<sup>937</sup>

El tribunal europeo ha considerado no solamente la necesidad de las restricciones impuestas a la libertad de expresión, sino también la pertinencia del procedimiento utilizado para imponer ese tipo de restricciones; en tal sentido, el citado tribunal ha hecho suyo el criterio expresado por la Corte de Apelaciones de Inglaterra, en el caso *Rantzen v. Mirror Group Newspapers Ltd.*, en el que señaló que conceder al jurado una discreción casi ilimitada no proporciona una medida satisfactoria para deci-

<sup>935</sup> *Cfr.* su opinión concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999.

<sup>936</sup> *Cfr.* 44 *Liquormart, Inc. et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996).

<sup>937</sup> *Cfr.* *Meese v. Keene*, 481 U.S. 465 (1987).

dir lo que es necesario en una sociedad democrática.<sup>938</sup> En cuanto se refiere a la “necesidad” de las restricciones que se puedan imponer, en el primer caso que involucró al periódico *The Sunday Times* de Londres, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que “necesarias”, sin ser sinónimo de indispensables, implica la existencia de una “necesidad social imperiosa”, por lo que, para que una restricción sea “necesaria”, no basta con demostrar que ella sea “útil”, “razonable”, u “deseable”, y que implica la existencia de una “necesidad social apremiante”.<sup>939</sup> De manera que, en el ámbito europeo, la noción de un “peligro claro y presente” —utilizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos— ha sido sustituida por el requisito de una “necesidad social apremiante”. En tal sentido, la Corte Europea ha señalado que el derecho de participar en una reunión pacífica —la que, por lo demás, no había sido prohibida— es de tal importancia que no puede restringirse de ninguna manera, incluso para un abogado, mientras la persona involucrada no cometa un acto reprochable, y consideró que al sancionar disciplinariamente a tal abogado por participar en esa reunión, por mínima que fuera esa sanción, no era necesario en una sociedad democrática.<sup>940</sup> Asimismo, en el caso de la prohibición de publicar la fotografía de una persona que se impuso a una revista, la Corte Europea consideró que dicha medida fue más allá de lo necesario para proteger a esa persona de la difamación, o para evitar que se violara la presunción de inocencia.<sup>941</sup>

Según la Corte Europea de Derechos Humanos, la necesidad de una restricción al ejercicio de la libertad de expresión se debe encontrar establecida de manera convincente,<sup>942</sup> lo cual no habría ocurrido en el caso de dos periodistas que fueron condenados por los tribunales franceses, como resultado de la aplicación de una ley de 1931, que prohíbe publicar, antes de una decisión judicial, toda información relativa a un procedimiento penal con constitución de parte civil; según la Corte Europea, si esa disposición está dirigida a proteger la reputación de las personas, o a

<sup>938</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, sentencia del 23 de junio de 1995, párrafos 50 y 51.

<sup>939</sup> Cfr. *The Sunday Times case*, sentencia del 26 de abril de 1979, párrafo 59.

<sup>940</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ezelin v. France*, sentencia del 18 de marzo de 1991, párrafo 53.

<sup>941</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, *Case of News Verlags GMBH & Cokg v. Austria*, sentencia del 11 de enero de 2000, párrafo 59.

<sup>942</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire du Roy et Malaurie c. France*, sentencia del 3 de octubre de 2000, párrafo 27, punto iii.

garantizar la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, ella resulta inapropiada, pues no se extiende a los demás procedimientos judiciales, que sí pueden ser objeto del reportaje de la prensa. A juicio del tribunal europeo, tal diferencia de trato no parece estar fundada en ninguna razón objetiva, y entraba de manera absoluta el derecho de la prensa a informar al público sobre un asunto que, aunque se refiera a un procedimiento penal con constitución de parte civil, puede ser de interés público.<sup>943</sup> Por el contrario, en un caso en que se prohibieron las transmisiones por cable de los programas de una radio situada en otro país, no obstante que dichas transmisiones —por cable— no podían interferir con las frecuencias radioeléctricas locales o causar algún otro tipo de daño, ni tampoco se había demostrado una escasez de redes de cable, la Corte Europea consideró que esa medida había sido necesaria para evitar la evasión de la ley, al operar desde el otro lado de la frontera eludiendo el sistema de comunicaciones establecido en el país,<sup>944</sup> aunque tampoco se precisó suficientemente cuál era esa ley, y cuál era el propósito legítimo que perseguía.

Por otra parte, al considerar la necesidad de tales restricciones, se debe examinar el caso en su conjunto, incluyendo las expresiones que fueron objeto de esa restricción y el contexto en el que ellas se pronunciaron, se escribieron o se publicaron.<sup>945</sup> A juicio del tribunal europeo, los Estados tienen un cierto margen de apreciación al determinar si tal necesidad existe, pero el reconocimiento de ese margen va de la mano con la supervisión de los organismos europeos de control, abarcando tanto el derecho como las decisiones que lo aplican, siendo la Corte Europea la que tiene la última palabra en cuanto a si la restricción de que se trate es compatible con la libertad de expresión protegida por el artículo 10 de la Convención Europea; en consecuencia, la Corte Europea no debe limitarse a establecer si el Estado ha ejercido su discreción razonablemente, cuidadosamente y de buena fe, sino que debe examinar la interferencia objeto de la controversia en su conjunto, y determinar si ella es “proporcionada” al fin legítimo que se persigue, y si las razones aducidas para justificarla son “relevantes y suficientes”.<sup>946</sup> De acuerdo con la Corte, es

<sup>943</sup> *Ibidem*, párrafo 35.

<sup>944</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Groppera Radio AG and others, sentencia del 22 de febrero de 1990, párrafo 73.

<sup>945</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, Case of News Verlags GMBH & Cokg v. Austria, sentencia del 11 de enero de 2000, párrafo 52.

<sup>946</sup> *Cfr.* The Observer and Guardian v. The United Kingdom case, sentencia del 26 de noviembre de 1991, párrafo 59.

indispensable que concurren ambos elementos; en consecuencia, si en un caso particular las razones aducidas por el Estado para adoptar una medida que interfiere con la libertad de expresión son relevantes, pero no suficientes como para justificarla, dicha medida sería incompatible con la garantía de la libertad de expresión.<sup>947</sup>

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha señalado que al hacer esta evaluación de la necesidad de una medida restrictiva de la libertad de expresión ella debe llegar a la convicción de que las autoridades nacionales aplicaron patrones compatibles con los contenidos en el artículo 10 de la Convención Europea, y que su decisión se basó en una apreciación aceptable de los hechos.<sup>948</sup> En tal sentido, en el caso *Jersild v. Denmark*, en el que se había condenado penalmente a un periodista y al encargado de un programa noticioso por difundir un reportaje que contenía expresiones racistas y peyorativas respecto de los negros y los inmigrantes residenciados en Dinamarca, el tribunal europeo consideró que dicha evaluación debía tener en cuenta la forma en que se preparó ese reportaje, su contenido, el contexto en el que se transmitió, y el propósito del programa; en particular, se señaló que un factor importante en esta evaluación era determinar si dicho reportaje, considerado en su conjunto, desde un punto de vista objetivo sugería que su propósito era la propagación de ideas racistas.<sup>949</sup> A juicio de la Corte Europea, la circunstancia de que la iniciativa de producir ese reportaje sobre el grupo conocido como “Los Chaquetas Verdes” (*Greenjackets*) obedecía a una decisión del mismo periodista, que conocía por adelantado que durante la entrevista probablemente se emitirían expresiones racistas, que de hecho las había estimulado, que al editar el programa no había omitido esas expresiones, y que sin su participación no se habrían difundido a un amplio círculo de personas, eran razones relevantes para los propósitos de considerar una restricción de carácter penal a la libertad de expresión.<sup>950</sup>

De manera semejante, refiriéndose a posibles restricciones de la libertad de expresión de los reclusos, los jueces Marshall y Brennan, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, han señalado que si bien el Esta-

<sup>947</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 61.

<sup>948</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafo 31.

<sup>949</sup> *Idem.*

<sup>950</sup> *Ibidem*, párrafo 32.

do tiene un interés legítimo y sustancial en la seguridad, en la disciplina de las instituciones penitenciarias y en la rehabilitación de los reclusos, estas consideraciones no eliminan la necesidad imperiosa de justificar las razones que en cada caso se invocan para privar a una persona de sus derechos constitucionales.<sup>951</sup> Por ejemplo, cuando las autoridades de una prisión tienen razones fundadas para creer que un prisionero está planeando su escape por medio de la correspondencia, pueden incautar la correspondencia de ese recluso; pero no hay ninguna justificación para que a partir de la mera posibilidad de que eso pueda ocurrir se adopte una política general que permita leer la correspondencia de todos los reclusos buscando información de ese tipo.<sup>952</sup>

En lo que se refiere a las restricciones que puedan ser el resultado de expresiones injuriosas o difamatorias, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que la necesidad de estas restricciones debe ser examinada teniendo en cuenta el papel desempeñado por la parte lesionada, en cuanto ésta pueda haber provocado tales expresiones en el curso de su activa participación en una discusión pública muy encendida; en opinión del tribunal, en esas circunstancias, y cuando la reputación de ambas partes está en entredicho, debe tolerarse un cierto grado de exageración.<sup>953</sup>

Aunque sin asumirlo como propio, la Corte Suprema de los Estados Unidos también ha analizado esta circunstancia bajo la rúbrica de la “razonabilidad” de las restricciones impuestas a la libertad de expresión. En *Mills v. Alabama*, la Corte Suprema de Alabama había considerado que una disposición de la Ley de Prácticas Corruptas de dicho estado, mediante la cual se sancionó penalmente al editor de un periódico por publicar, en el mismo día de una elección, un editorial instando a votar por la adopción de un determinado sistema de gobierno municipal, imponía “restricciones razonables”, o por lo menos “dentro del campo de lo razonable”, las que constituían para la prensa una restricción menor, aplicable solamente en el día de las elecciones; según el tribunal de Alabama, dicha disposición legal protegía al público de las acusaciones y contraacusaciones de último minuto, y de la distribución de propaganda en un esfuerzo por influir en los electores en el mismo día de la elección, cuan-

<sup>951</sup> *Cfr.* su opinión concurrente en *Procuier v. Martínez*, 416 U.S. 396 (1974).

<sup>952</sup> *Idem.*

<sup>953</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 52. *Cfr.*, también, *Case of Oberschlick v. Austria* (núm. 2), sentencia del 1 de julio de 1997, párrafos 31 a 35.

do ya no se podía responder a dichos argumentos o determinar la veracidad de los mismos. A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, incluso si este argumento fuera constitucionalmente relevante, resultaba fatalmente defectuoso, pues la ley que se objetaba permitía la propaganda hasta el último minuto del día anterior a la elección, pero sancionaba penalmente la respuesta que se diera a esos argumentos el mismo día de la elección, que en términos prácticos era la última oportunidad para responder a ellos de manera efectiva y proteger apropiadamente al electorado;<sup>954</sup> en opinión de la Corte, ningún criterio de “razonabilidad” es suficiente para impedir anular una ley que —al castigar penalmente a un editor de un periódico por invitar a votar de una u otra forma en una elección pública— viola la garantía constitucional de la libertad de expresión.<sup>955</sup>

#### *b.* Su compatibilidad con una sociedad democrática

Uno de los aspectos en que difieren los textos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por una parte, y el de la Convención Europea de Derechos Humanos, por la otra, radica en la mención que hace este último instrumento en cuanto a que cualquiera de las condiciones o restricciones a que se someta el ejercicio de la libertad de expresión deben ser medidas “necesarias, en una sociedad democrática”. Mientras en la Convención Europea este elemento se incluye en la misma disposición que consagra la libertad de expresión, no se le menciona en las disposiciones equivalentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Convención Americana; sin embargo, también hay que tener en cuenta los principios y propósitos que inspiran tanto al Pacto como a la Convención Americana. En el caso de la Convención Americana, desde el primer párrafo de su preámbulo ésta contiene numerosas disposiciones que indican que uno de los propósitos de dicha Convención es precisamente la preservación de las instituciones democráticas;<sup>956</sup> en efecto, mientras el preámbulo reafirma el propósito de consolidar en el continente, “dentro

<sup>954</sup> *Cfr.* *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966).

<sup>955</sup> *Idem.*

<sup>956</sup> *Cfr.* el primer párrafo del preámbulo, y los artículos 15, 16, núm. 2; 22, núm. 3; 29 letra c), y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

del cuadro de las instituciones democráticas”, un régimen de libertad personal fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, el artículo 29, en su letra c), hace alusión a “la forma democrática representativa de gobierno”, y el artículo 32, número 2, se refiere a los límites de los derechos de cada persona “en una sociedad democrática”. En el marco de la Convención Americana, esta circunstancia no se puede ignorar al examinar los requisitos y condiciones a que están sometidas las restricciones a que se pretenda someter la libertad de expresión.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que el artículo 29 de la Convención Americana prohíbe que sus disposiciones se puedan interpretar excluyendo otros derechos y garantías que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y ha señalado que “las justas exigencias de la democracia deben... orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”.<sup>957</sup> Asimismo, al referirse a las circunstancias que pueden justificar la determinación de responsabilidades ulteriores, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que no se puede olvidar que las restricciones que por ese concepto se impongan a la libertad de expresión deben incorporar las justas exigencias de una sociedad democrática.<sup>958</sup> Por lo tanto, parece natural y lógico interpretar el Pacto y la Convención Americana en el sentido de que cualquier restricción a la libertad de expresión debe ser igualmente “necesaria” para alguno de los fines señalados, pero en el contexto de “una sociedad democrática”.

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 5, número 1, expresa que ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo, para emprender actividades o realizar “actos encaminados a la destrucción” de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en mayor medida que la pre-

<sup>957</sup> La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 44.

<sup>958</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 69/98, caso 11.803, Chile, Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, párrafo 75.

vista en él; además, en los Principios de Siracusa<sup>959</sup> se señala que la expresión “necesaria” implica que la restricción cumple con las siguientes condiciones: a) se basa en uno de los motivos que justifican las limitaciones o restricciones reconocidas por el artículo pertinente del Pacto; b) responde a una necesidad pública o social apremiante; c) responde a un objetivo legítimo, y d) guarda proporción con ese objetivo.<sup>960</sup> A mayor abundamiento, se indica que al aplicar una restricción, el Estado no podrá utilizar medios más restrictivos que los necesarios para lograr el propósito de la restricción.<sup>961</sup> Pero es importante subrayar que, de acuerdo con los Principios de Siracusa, la expresión “en una sociedad democrática” debe interpretarse en el sentido de imponer una restricción adicional a las cláusulas de restricción que califica;<sup>962</sup> si bien se admite que no existe un modelo único de sociedad democrática, se afirma que una sociedad responde a esta definición cuando reconozca, respete y proteja los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.<sup>963</sup>

Sin duda, la existencia de una sociedad democrática supone un cierto grado de tolerancia y amplitud mental. De manera que, para establecer la necesidad de una determinada restricción de la libertad de expresión en una sociedad democrática, además de constatar la presencia de una necesidad social apremiante y que la medida restrictiva de que se trate sea proporcionada al propósito legítimo que se persigue, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sugerido examinar si las razones aducidas para aplicar dicha restricción son “relevantes y suficientes”.<sup>964</sup> En un caso en que se sancionó con indemnizaciones pecuniarias la publicación por la prensa de entrevistas concedidas por quienes se habían sometido a operaciones de cirugía estética, en las que señalaban que después de las mis-

<sup>959</sup> Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/, Anexo.

<sup>960</sup> *Ibidem*, párrafo 10.

<sup>961</sup> *Ibidem*, párrafo 11.

<sup>962</sup> *Ibidem*, párrafo 19.

<sup>963</sup> *Ibidem*, párrafo 21.

<sup>964</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Nilsen and Johnsen v. Norway, sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 43.

mas habían quedado “desfiguradas”, que sus vidas habían sido “arruinadas”, que habían sido “mutiladas”, y que no habían contado con los cuidados necesarios después de la operación, la Corte Europea consideró que el indiscutible derecho del doctor R. a que se protegiera su reputación no podía prevalecer sobre el más importante interés público en la libertad de prensa para impartir información sobre asuntos de legítimo interés público; por consiguiente, el tribunal europeo estimó que las razones alegadas por el Estado para interferir de esa forma con la libertad de expresión eran relevantes, pero no suficientes para demostrar que la citada interferencia era necesaria en una sociedad democrática.<sup>965</sup> Esa necesidad de ponderar adecuadamente la libertad de expresión con otros derechos o intereses también se puso de manifiesto en el caso *Piermont v. France*, en que la Corte Europea observó que las expresiones objetadas a la señora Piermont fueron hechas durante una reunión autorizada y pacífica, que ella no incitó a la violencia o al desorden, que habló en apoyo a las demandas locales para la suspensión de las pruebas nucleares y en respaldo a la independencia de la Polinesia francesa, por lo que su discurso habría sido una contribución a un debate democrático, y que esa manifestación no habría sido seguida por ningún desorden; por consiguiente, teniendo en cuenta ese adecuado equilibrio entre, por una parte, la libertad de expresión de la señora Piermont y, por la otra, el interés público que requiere prevenir el desorden y preservar la integridad territorial del estado, la Corte Europea concluyó que la expulsión de Dorothee Piermont de la Polinesia francesa, con prohibición de reingresar a la misma, no era necesaria en una sociedad democrática.<sup>966</sup>

En el caso de una persona que fue condenada por difamación al haber comparado dos accidentes de tránsito en que habían estado involucrados dos dirigentes políticos de partidos diferentes, la Corte Europea de Derechos Humanos acogió el argumento de que en una sociedad democrática debería poder hacerse referencia a los delitos cometidos previamente por un político, incluso si las sentencias a que fue condenado ya se han cumplido, o si se han suspendido o levantado, y señaló que el registro de condenas penales de un político podía ser un factor relevante al valorar

<sup>965</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Bergens Tidende and others v. Norway*, sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 60.

<sup>966</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *caso Piermont v. France*, sentencia del 20 de marzo de 1995, párrafos 73 a 78.

su idoneidad para ejercer un cargo público;<sup>967</sup> a juicio del tribunal, esa comparación constituía esencialmente un juicio de valor, respecto del cual no era posible ofrecer prueba de su verdad, pero, en su opinión, los hechos en que se basaba eran sustancialmente correctos, y la buena fe del autor de esta comparación no ofrecía lugar a dudas; de manera que no podía considerarse que el autor de las expresiones calificadas como difamatorias había excedido los límites de la libertad de expresión.<sup>968</sup> En consecuencia, la Corte concluyó que la interferencia de la libertad de expresión de que había sido objeto el señor Schwabe —al condenarlo como autor del delito de difamación—, en este caso, no fue necesaria en una sociedad democrática para proteger la reputación de otros.<sup>969</sup> En el mismo sentido, en el caso *Goodwin v. The United Kingdom*, en el cual los tribunales ingleses habían dispuesto medidas preliminares para impedir la publicación de información relacionada con las dificultades económicas de una empresa, una orden adicional para revelar la fuente de esa información fue considerada como innecesaria, pues en buena medida servía el mismo propósito de impedir la diseminación de información confidencial por la prensa, y que ya se había logrado con la medida provisional.<sup>970</sup> Sin embargo, en el caso de un miembro del parlamento austriaco que fue víctima de un reportaje en el que se sugería que padecía sida, que respondió a ese ataque señalando que éste era un periodismo de estilo nazi, y que fue objeto de una decisión judicial en la que —después de ponderar su derecho a emitir juicios de valor y la necesidad en una sociedad democrática de proteger los derechos y la reputación de los demás—, se le prohibía volver a utilizar esas expresiones u otras semejantes para dirigirse al periódico, la Corte Europea señaló que el razonamiento de los tribunales nacionales era relevante y suficiente con relación al fin perseguido;<sup>971</sup> según la Corte, las expresiones del peticionario, calificando al periódico *Kronen-Zeitung* de practicar un periodismo nazista, no solamente eran polémicas, sino particularmente ofensivas,

<sup>967</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Schwabe v. Austria*, sentencia del 28 de agosto de 1992, párrafo 32.

<sup>968</sup> *Ibidem*, párrafo 34.

<sup>969</sup> *Ibidem*, párrafo 35.

<sup>970</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Goodwin v. The United Kingdom*, sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 42.

<sup>971</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Andreas Wabl v. Austria*, sentencia del 21 de marzo de 2000, párrafos 37, 38 y 41.

y aunque eran la respuesta indignada a un reportaje difamatorio en el que se insinuaba que padecía de sida, asociándolo con una enfermedad que provocaba temor y antipatía entre la población, el tribunal europeo aceptó el criterio de la Corte Suprema austriaca señalando que eso no justificaba el reprocharle al periódico el que éstos eran métodos típicamente nazis, lo cual se aproximaba sensiblemente a una acusación criminal, pues después de la Segunda Guerra Mundial Austria había adoptado leyes que sancionaban penalmente las actividades inspiradas en ideas nacionalsocialistas.<sup>972</sup> En este caso, la Corte puso especial énfasis en el estigma que va asociado a las actividades inspiradas en las ideas nacionalsocialistas, pero, aunque aceptó que el artículo publicado en el *Kronen-Zeitung* era difamatorio y que no contribuía a un debate de interés público, no prestó mayor atención al estigma asociado con una enfermedad como el sida, particularmente porque la acusación de métodos periodísticos de estilo nazi no fue una reacción inmediata del afectado, sino un comentario que se produjo posteriormente, cuando el periódico ya había publicado una rectificación redactada por el mismo afectado.<sup>973</sup>

En realidad, la Corte Europea ha subrayado en numerosas oportunidades la necesidad de que cualquier restricción de la libertad de expresión no interfiera con el debate político, como lógicamente se desprende de la exigencia de que cualquier interferencia con ella debe ser necesaria en una sociedad democrática. En este sentido, en el caso *Castells v. Spain*, en que el afectado había sido condenado por difamar al gobierno, a pesar de ostentar la condición de senador, el tribunal sostuvo que aunque la libertad de expresión es importante para todos, es especialmente importante para los representantes electos por el pueblo, precisamente para que llamen la atención sobre sus preocupaciones y defiendan sus intereses; en estas circunstancias, la Corte consideró que interferir con la libertad de expresión de un miembro del parlamento que, como en el caso del afectado, pertenecía a un partido político de oposición al gobierno, requería un examen muy estricto.<sup>974</sup> Si bien el afectado no había utilizado su escaño en el Senado para criticar al gobierno —desde donde podría haberlo hecho sin temor a sanciones—, sino que lo había hecho a través

<sup>972</sup> *Ibidem*, párrafos 41 y 42.

<sup>973</sup> *Ibidem*, párrafo 42.

<sup>974</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Castells v. Spain*, sentencia del 23 de abril de 1992, párrafo 42.

de la prensa, la Corte destacó la importancia de la prensa en un Estado de derecho, recordando que es a ella precisamente a quien le corresponde impartir informaciones e ideas sobre asuntos políticos u otros asuntos de interés público, y que es ésta la que le proporciona al público el mejor medio de descubrir las actitudes de sus dirigentes políticos y de formarse una opinión acerca de las mismas, permitiendo a todos participar en un debate político libre, que es lo que está en el corazón de una sociedad democrática.<sup>975</sup> Según el tribunal, los límites de la crítica aceptable son más amplios respecto del gobierno que en las relaciones entre particulares, o incluso respecto de un dirigente político, porque en una sociedad democrática los actos u omisiones del gobierno deben estar sometidos al escrutinio más estricto, no sólo de las autoridades legislativas y judiciales, sino que también de la prensa y de la opinión pública;<sup>976</sup> en consecuencia, la Corte consideró que, en estas circunstancias, la interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión a que se sometió al señor Castells no era necesaria en una sociedad democrática. Consideraciones similares llevaron a los jueces disidentes en el caso *Nilsen and Johnsen v. Norway*, en el cual estaban involucrados dos casos de libertad de expresión: por una parte, la libertad de un profesor de derecho penal que había publicado los resultados de su investigación sobre la alegada brutalidad policial en la ciudad de Bergen, y, por la otra, la libertad de expresión de los representantes de la policía, dirigida a intimidar al primero, a fin de ocultar la brutalidad policial que pudiera haber ocurrido en la ciudad de Bergen. En opinión de los jueces disidentes, entre estas dos libertades en conflicto el interés público se inclina a proteger la libertad de expresión del profesor, en contra de la difamación e intimidación ejercida por la policía, por lo que cualquier restricción impuesta a los representantes de la policía sería una interferencia necesaria en una sociedad democrática, pues una conclusión diferente tendría el efecto de permitir que se suprima el debate público mediante expresiones difamatorias.<sup>977</sup> En este mismo sentido, en el caso *Wille v. Liechtenstein*, en que el príncipe amonestó por escrito y se negó a confirmar en su cargo de presidente del Tribunal

<sup>975</sup> *Ibidem*, párrafo 43.

<sup>976</sup> *Ibidem*, párrafo 46.

<sup>977</sup> *Cfr.*, en este sentido, la opinión disidente de los jueces Kuris, Türmen, Stráznická and Greve, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999.

Administrativo a una persona que había dictado una conferencia sobre la naturaleza y funciones de la Corte Constitucional —que no fue del agrado del príncipe—, el tribunal europeo no encontró razones que demostraran, de manera suficiente, que esa interferencia con la libertad de expresión era necesaria en una sociedad democrática.<sup>978</sup>

Por el contrario, en el caso *Rikvényi v. Hungary*, examinando las restricciones impuestas en ese país a la participación política de los policías, y en que el gobierno había alegado que esta restricción estaba dirigida a evitar que la policía continuara siendo vista como un instrumento de apoyo a un régimen totalitario, y que más bien se le concibiera como guardián de las instituciones democráticas, la Corte Europea de Derechos Humanos indicó que poseer una fuerza policial políticamente neutral es un objetivo legítimo en cualquier sociedad democrática, y recordó que para asegurar la consolidación y el mantenimiento de la democracia, varios Estados partes en la Convención Europea han considerado necesario asegurar el logro de este objetivo mediante disposiciones constitucionales que restringen la libertad de los oficiales de policía para participar en actividades políticas y que, en particular, les impiden tomar parte en el debate político; de manera que en este caso las medidas tomadas para evitar la influencia directa de la política partidista respondían, en opinión del tribunal europeo, a una necesidad social apremiante en una sociedad democrática.<sup>979</sup> En todo caso, las consideraciones anteriores no parecen justificar que se coarte la libertad de expresión de todos los funcionarios públicos, impidiéndoles que puedan proporcionar cualquier tipo de información a los medios de comunicación sin autorización oficial. Aunque la Corte Europea de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este particular, en el caso de una maestra de escuela, que además era dirigente sindical, y que fue sancionada con la suspensión de su ascenso por haber hecho declaraciones denunciando que los maestros habían sido agredidos verbal y físicamente por la policía, lo cual también le hizo más difícil obtener un pasaporte y la forzó a retirarse de su empleo antes del tiempo previsto, debido a que la peticionaria no había agotado los recursos internos, el tribunal lamentablemente no examinó la necesi-

<sup>978</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wille v. Liechtenstein*, sentencia del 28 de octubre de 1999, párrafos 56, 65 y 70.

<sup>979</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Rekvényi v. Hungary*, sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafos 46 y 48.

dad, en una sociedad democrática, de una medida tan drástica como esa que somete a censura previa a un importante sector de la población.<sup>980</sup>

Por otra parte, al examinar la necesidad en una sociedad democrática de negar licencia para la transmisión de un programa de televisión sobre automóviles, la Corte Europea sostuvo que debía evaluar la necesidad legítima de velar por la calidad y equilibrio de la programación en general, teniendo en cuenta que los medios audiovisuales tienen una amplia cobertura; según el tribunal, el fuerte impacto que esos medios tienen en el público permite a las autoridades nacionales procurar evitar que las televisoras comerciales ofrezcan una programación parcializada. La Corte hizo suyo el razonamiento expuesto en una decisión de la hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, en la que se hace referencia a las circunstancias políticas particulares de Suiza, que hacían necesario aplicar criterios políticamente sensibles al pluralismo cultural y lingüístico, al equilibrio entre las tierras bajas y las regiones montañosas, y a una política federal equilibrada; a juicio de la Corte, estas consideraciones tienen una importancia fundamental en un Estado federal, y, en la medida en que permiten estimular el pluralismo en las transmisiones de radio o televisión, es legítimo tomarlos en consideración al decidir sobre las solicitudes de licencia para operar estaciones de radio o televisión.<sup>981</sup>

En lo que concierne a la prohibición de la publicidad médica, en particular, las declaraciones y las fotografías o ilustraciones que puedan tener el efecto de publicitar los servicios de un médico, la Corte Europea considera que no son compatibles con la libertad de expresión. La Corte observó que la medida que dio origen a esa sanción se refería a una nueva técnica de operación con láser para corregir una visión defectuosa, y, por lo tanto, informaba al público sobre un asunto de interés médico para todos; la entrevista había tenido lugar por iniciativa de un periodista que publicó un reportaje en un lenguaje y en una forma dirigida a informar al público en general, presentando una explicación equilibrada de la técnica quirúrgica en cuestión, sin omitir los riesgos involucrados y la tasa de éxito según la experiencia del médico entrevistado; en relación con la ilustración de ese reportaje con la fotografía del médico en su contexto profesional, el tribunal indicó que, estando íntimamente relacionada con

<sup>980</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, *Case of Akkoç v. Turkey*, sentencia del 10 de octubre de 2000, párrafos 62 y ss.

<sup>981</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Demuth v. Switzerland*, sentencia del 5 de noviembre de 2002, párrafos 43 y 44.

el contenido del reportaje, ésta no podía considerarse como mera publicidad, o como información no objetiva o publicidad engañosa.<sup>982</sup> Por consiguiente, en opinión del citado tribunal, en el contexto de una profesión liberal, incluso una sanción leve, como una pequeña multa por anunciar los servicios de un médico, constituye una interferencia con la libertad de expresión que no logra un adecuado equilibrio entre la protección de la salud y los intereses de los demás médicos, por una parte, y la libertad de expresión y el papel vital de la prensa, por la otra; por consiguiente, esa medida no se consideró necesaria en una sociedad democrática.<sup>983</sup>

En su informe final sobre la libertad de expresión, Türk y Joinet consideran que la denegación de visa a periodistas extranjeros, o la denegación de credenciales, la confiscación de su pasaporte, la prohibición de asistir a manifestaciones, la obligación de presentarse periódicamente a la policía, la detención administrativa de que suelen ser objeto en los aeropuertos, o la composición selectiva de grupos autorizados de periodistas extranjeros, son incompatibles con el principio de necesidad democrática.<sup>984</sup>

Según Türk y Joinet, todo proceso de limitación y, en su caso, de eliminación de las limitaciones admisibles, es un proceso dinámico que propicia la evolución hacia la democracia; en su opinión, en el proceso de consolidación de la democracia puede ser necesario abolir progresivamente las leyes que autorizan limitaciones y suprimir los criterios de legitimidad que las sustentan; de manera que, sin perjuicio de que estos procesos puedan variar en cada sociedad, el ámbito de las limitaciones —o restricciones— se reduce a medida que progresa la democracia.<sup>985</sup>

En el caso de la revista *Bluf!*, que en 1987 obtuvo y publicó un informe de los servicios de seguridad interior de Holanda, fechado en 1981 y marcado como “confidencial”, aunque la Corte Europea de Derechos Humanos aceptó que por la naturaleza de sus responsabilidades los servicios de seguridad del Estado debían disfrutar de un alto grado de protec-

<sup>982</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Case of Stambuk v. Germany, sentencia del 17 de octubre de 2002, párrafos 46 a 48.

<sup>983</sup> *Ibidem*, párrafos 49-53.

<sup>984</sup> Cfr. E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por Danilo Türk y Louis Joinet, relatores especiales, párrafo 85.

<sup>985</sup> Cfr. E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por Danilo Türk y Louis Joinet, relatores especiales, párrafo 50.

ción en lo que se refiere a la divulgación de información de sus actividades, determinó que era discutible si la información contenida en ese informe era suficientemente sensible como para justificar que se evitara su divulgación; la Corte observó que al momento de la confiscación de la revista que lo publicó el informe ya tenía seis años de elaborado, que era de naturaleza muy general, y que los jefes de los servicios de seguridad habían admitido que, en 1987, mucha de esa información ya no era secreto de Estado; además, el informe sólo estaba marcado como “confidencial”, lo cual representaba un bajo grado de secreto, por todo lo cual confiscar esa publicación no se justificaba como necesario.<sup>986</sup>

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que

la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.<sup>987</sup>

Sobre este particular, la Corte Europea no ha sido menos exigente. De acuerdo con el criterio expresado reiteradamente por el citado tribunal, el adjetivo “necesaria” implica la existencia de una necesidad social apremiante.<sup>988</sup> Por consiguiente, no basta con alegar que la interferencia con la libertad de expresión es necesaria, sino que el Estado tendrá que de-

<sup>986</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands*, sentencia del 9 de febrero de 1995, párrafos 40-42.

<sup>987</sup> La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 46. Se ha omitido una cita que, al final de este párrafo, hace la Corte Interamericana a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

<sup>988</sup> *Cfr.*, por ejemplo, *European Court of Human Rights, Case of Müller and others*, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 32.

mostrar la gravedad del caso, requiriendo medidas drásticas para evitar un daño irreparable para alguno de los bienes jurídicos expresamente señalados por el artículo 10 de la Convención Europea. En tal sentido, una vez más es oportuno citar a Louis Brandeis, siendo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, quien sostenía que quienes conquistaron la independencia de los Estados Unidos reconocían los riesgos a que están sometidas todas las instituciones humanas, pero que sabían que el orden no podía ser asegurado simplemente por medio del temor al castigo de sus infracciones, y que era peligroso desalentar el pensamiento y la imaginación; de manera que, reconociendo la ocasional tiranía de las mayorías gobernantes, ellos enmendaron la Constitución para garantizar la libertad de expresión y de reunión.<sup>989</sup> Según Brandeis, aquellos que conquistaron la independencia mediante la revolución no eran cobardes, y no le temían al cambio político; ellos no exaltaron el orden a costa de la libertad, y tenían confianza en que del razonamiento libre y sin temor, aplicado al proceso gubernamental, no podía generarse ningún peligro, a menos que el mal que se temía fuera tan inminente, que éste se produciría antes de que hubiera una posibilidad de discusión plena; de manera que si hubiera tiempo para exponer, a través de la discusión, las falsedades y las falacias, evitando el daño por medio de un proceso de educación, el remedio a aplicar sería más expresión, y no un silencio impuesto por el Estado.<sup>990</sup> El temor de un daño serio no justifica por sí solo la supresión de la libertad de expresión. Brandeis recuerda que como los hombres le temían a las brujas, quemaban a las mujeres; pero la función de la comunicación es liberar a los hombres de los temores irracionales; de manera que, para que la supresión o restricción de la expresión esté justificada, debe haber fundamentos razonables que hagan temer que si se practica la libertad de expresión resultará un grave daño que hay que prevenir, y que es inminente.<sup>991</sup>

#### 4. *El objeto de las posibles restricciones*

A partir de la distinción entre el mensaje y el medio empleado para transmitirlo, la doctrina ha procurado sistematizar la naturaleza de las

<sup>989</sup> *Cfr.* su opinión concurrente en *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

<sup>990</sup> *Idem.*

<sup>991</sup> *Idem.*

restricciones que pueden interferir con la libertad de expresión. Sobre este particular, el profesor Laurence Tribe se ha referido a dos vías por las cuales se puede restringir la expresión: la primera de ellas está constituida por regulaciones gubernamentales que apuntan precisamente al impacto comunicativo de un acto, y que en principio —en el marco de la Constitución de los Estados Unidos— son inconstitucionales, a menos que se demuestre que el mensaje que se suprime genera un “peligro claro e inmediato”, constituye una difamación, o queda comprendido entre las formas de expresión no protegidas por la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. La otra vía está representada por las regulaciones gubernamentales que apuntan a los aspectos no comunicativos de la expresión, y que son constitucionales incluso si se aplican a una conducta expresiva, siempre que no reduzcan indebidamente el flujo de ideas e informaciones.<sup>992</sup> En este mismo sentido, Melville Nimmer distingue entre las restricciones que atacan directamente el contenido del mensaje (entre las que podría citarse las normas que sancionan las expresiones calumniosas), y aquellas otras que, sin pretender restringir la expresión, de hecho, se traducen en una merma de la misma; mientras las primeras intentan proteger un interés determinado, imponiendo restricciones al contenido del mensaje, las segundas procuran amparar un bien jurídico o un interés amenazado regulando la forma en que se materializa la expresión, pero prescindiendo de su contenido, como sería el caso de una ordenanza municipal que prohíba las manifestaciones públicas en las calles de la ciudad en horas o días en que puedan interferir de manera significativa con el tránsito vehicular.<sup>993</sup> En ambos casos la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha prestado especial atención a que esas restricciones no tengan un alcance excesivo, o que carezcan de suficiente precisión.

En consecuencia, la libertad de expresión puede ser objeto de restricciones referidas al contenido mismo del mensaje, o de otras que, asumiendo una actitud neutral frente al contenido del mismo, regulen la oportunidad, el lugar o la manera de transmitir el mensaje. Mientras estas últimas apuntan a aspectos tangenciales del discurso, que dejan abiertas

<sup>992</sup> Cfr. *American Constitutional Law*, Mineola-Nueva York, The Foundation Press, 1988, pp. 791 y ss.

<sup>993</sup> Cfr. *Nimmer on Freedom of Speech*, Nueva York, Mathew Bender, 1984, pp. 2-25.

diversas opciones para comunicar el mensaje, las primeras son restricciones más radicales que, ya sea mediante la censura previa, o mediante el control de los medios de expresión,<sup>994</sup> o por la vía de aplicar sanciones posteriores, apuntan al contenido mismo del discurso.

### A. *Las restricciones basadas en el contenido del mensaje*

Sin duda, las restricciones que interfieren de manera más severa con la libertad de expresión son aquellas en que el objeto de la misma apunta a regular el contenido mismo del mensaje, determinando qué es lo que forma parte de la expresión protegida; por consiguiente, su compatibilidad con las disposiciones de los tratados de derechos humanos que consagran el derecho a expresarse debe ser examinada con especial cuidado, y no pueden aplicarse de manera automática. Incluso en una sociedad democrática, el contenido de un mensaje que lesiona la reputación de terceros, que revela sus secretos personales o comerciales, que divulga información relacionada con la seguridad del Estado, o que tiene el potencial de alterar el orden público, plantea problemas que requieren la intervención del Estado.

A pesar de la cautela con que este tipo de restricciones deben ser vistas, ellas han sido ampliamente utilizadas en el derecho comparado. Probablemente, es en el ámbito de la seguridad nacional, cuya protección requiere medidas muy estrictas, en donde se hace mayor uso de restricciones del contenido de la expresión; asimismo, la protección de la privacidad de las personas, o de secretos industriales o comerciales, supone restricciones dirigidas igualmente al contenido del mensaje. Además, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha permitido restringir el uso de palabras agresivas (*fighting words*) que puedan constituir una incitación a la violencia, pero ha rechazado cualquier intento por regular lo que constituya una defensa general de ideas.<sup>995</sup> No obstante, debe observarse que el criterio expuesto por la Corte supone aislar las palabras agresivas, que no son parte esencial de la exposición de ideas, y cuya eliminación, más allá de esterilizar el

<sup>994</sup> Por ejemplo, durante los siglos XVI y XVII, en Inglaterra el gobierno controlaba la libertad de expresión a través del monopolio que tenía sobre las imprentas.

<sup>995</sup> *Cfr.*, en este sentido, Fiss, Owen M., *The Irony of Free Speech*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1996, p. 5.

mensaje, supuestamente deja intacto su contenido esencial, y asume que el hecho de presentarlo de otra forma no altera su contenido; en realidad, no debe perderse de vista que eliminar esas palabras puede alterar el contenido del mensaje.

A juicio de Lawrence Tribe, una medida que restrinja la libertad de expresión de acuerdo del contenido del mensaje no puede fundarse en la circunstancia de que ese mensaje ya ha sido comunicado por otras personas —alegando que con ello se pretende facilitar la difusión de puntos de vista diferentes—, ni tampoco en la circunstancia de que ese mensaje se puede comunicar en otro lugar, en otro momento, o de otra manera; en su opinión, la garantía constitucional de la libertad de expresión no le permite al Estado moderar el debate en una forma análoga a como éste se regula en una asamblea pública, ni siquiera con el pretexto de facilitar el logro de los fines de la libertad de expresión.<sup>996</sup>

### *B. Las restricciones ajenas al contenido del mensaje*

Una opción menos radical, que mira con indiferencia el contenido del mensaje, es la que regula los aspectos tangenciales del mismo, y que apunta a regular las condiciones en que éste se puede manifestar. En este caso, estamos en presencia de restricciones que asumen una actitud neutral frente al contenido del mensaje, pero que tienen el efecto de restringir el ejercicio de la libertad de expresión, regulando las condiciones relativas al lugar, la oportunidad o la forma en que se pretende difundir el mensaje.

Ya sea con el propósito de proteger los derechos de otro, o con algún otro interés legítimo, el Estado puede relegar determinadas formas de expresión a algún sitio en particular, o excluirla de otro. Por ejemplo, se puede disponer de un parque, o teatro determinado para las manifestaciones públicas, o para los espectáculos demasiado ruidosos o, a la inversa, se puede prohibir la existencia de discotecas en las proximidades de un colegio. En Estados Unidos, las regulaciones que relegan las salas de cine que exhiben películas pornográficas, o las tiendas de artículos sexuales, a una zona de la ciudad son un ejemplo de este tipo; pero el establecimiento de zonas a las que se limita la difusión de determinados

<sup>996</sup> Cfr. *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, pp. 834 y ss.

mensajes ha sido aceptada sólo si no restringe indebidamente el acceso de los adultos a ese tipo de mensajes, y en el entendido de que los menores no tienen derecho a ver o leer el material prohibido. Lo que no puede hacer ese tipo de restricciones es reducir el derecho de la población adulta a leer o ver solamente aquello que es apropiado para los niños.<sup>997</sup> Más recientemente, según la juez O'Connor, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, con la aprobación de la Ley de Telecomunicaciones de 1996, en Internet se habría intentado crear una “zona para adultos”, segregando material considerado indecente de áreas a las que pudieran acceder los menores de edad.<sup>998</sup>

A partir de la premisa de que algunas expresiones no pueden ser toleradas en ciertos lugares, las restricciones sobre la oportunidad, lugar o manera de transmitir el mensaje han sido ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos. Sin embargo, según la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de ese país (sin duda menos liberal que en años anteriores), este tipo de restricciones deben estar precisamente definidas para servir un interés público, y deben ser neutrales en cuanto a su contenido, pero (a diferencia de lo sostenido previamente) no deben ser necesariamente las menos restrictivas para lograr ese propósito; según la Corte, el requisito de la definición estricta de las restricciones estaría satisfecho en la medida en que la regulación respectiva promueva un interés público fundamental, que en ausencia de esa reglamentación se lograría de manera menos efectiva. No obstante, el tribunal aclara que esto no debe interpretarse como una aceptación de que la restricción de que se trate pueda afectar el mensaje más allá de lo que sea estrictamente necesario para promover el interés público que justifica dicha restricción.<sup>999</sup> Por el contrario, invocando la jurisprudencia anterior de la Corte, los jueces Mashall, Brennan y Stevens consideran que una restricción está estrictamente definida únicamente si su objetivo no es más que eliminar la fuente misma del daño que se busca remediar; además, el criterio de la “estricta definición” requiere examinar la existencia de métodos alternativos de lograr el interés público que se desea proteger

<sup>997</sup> *Cfr.* Corte Suprema de los Estados Unidos, *Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957).

<sup>998</sup> *Cfr.* su opinión concurrente en parte y disidente en parte en *Reno, Attorney General of the United States et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, 96 U.S. 511 (1997).

<sup>999</sup> *Cfr.* *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

con la restricción, y, en segundo lugar, determinar si la mayor eficacia de esa reglamentación es suficiente como para justificar la restricción que ella impone a la libertad de expresión. Los jueces disidentes observan que la anterior preocupación de la Corte por la circunstancia de que una regulación de esta naturaleza no debe afectar la expresión más que una alternativa satisfactoria está ausente de esta decisión, requiriendo únicamente que el Estado demuestre que el interés público que se desea proteger no se pueda servir eficazmente sin la regulación que se objeta; de manera que, al ignorar alternativas que evitarían afectar innecesariamente la libertad de expresión (tales como el sancionar a quien hace ruido, o a quien bota basura), la Corte estaría rindiendo tributo a la eficacia, pero, al mismo tiempo, estaría sacrificando la libertad de expresión.<sup>1000</sup>

Por otra parte, regulaciones destinadas a prohibir en los parques o en las terminales de un aeropuerto la solicitud de contribuciones financieras, en cuanto no tienen el propósito de impedir un mensaje o una idea en particular, y que buscan evitar prácticas abusivas que, por estar dirigidas a personas vulnerables requiriendo el aporte inmediato de dinero, crean un ambiente propicio para el fraude y la presión indebida, han sido consideradas neutrales en cuanto a su contenido y compatibles con la garantía de la libertad de expresión;<sup>1001</sup> pero aunque es importante subrayar que ellas han sido aceptadas en cuanto están diseñadas para regular la conducta asociada con el mensaje, y no la forma en que éste se transmite, también hay que observar que sus efectos son idénticos a los que tienen las regulaciones relativas al lugar, la oportunidad o la forma de comunicar el mensaje.

No obstante que este tipo de restricciones tienen un carácter neutro, que ciertamente no depende del contenido del mensaje, a veces ellas tienen el efecto de impedir el uso del medio más efectivo para transmitir un mensaje. A título ilustrativo, Lawrence Tribe menciona las protestas del movimiento de derechos civiles de comienzo de los años sesenta y del movimiento pacifista de fines de la misma década, ambos en Estados Unidos. En opinión de Tribe, aquellos ciudadanos tomaron las calles para protestar no porque no hubiera otros canales de comunicación disponi-

<sup>1000</sup> *Idem.*

<sup>1001</sup> *Cfr.* la opinión concurrente de los jueces Kennedy, Blackmun, Stevens y Souter, en *International Soc. for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992).

bles, sino porque no había otro medio más adecuado para registrar la intensidad de su protesta o la solidaridad de quienes compartían esa idea; para demostrar su fuerza numérica y hablarle en voz alta al Estado, debilitando su autoridad moral.<sup>1002</sup>

En el caso *Marônek v. Slovakia*, la Corte Europea de Derechos Humanos también consideró la pertinencia de restricciones de carácter adjetivo. En efecto, en el caso de una persona que fue objeto de un proceso por difamación y de sanciones penales y pecuniarias por pretender resolver una disputa mediante una carta abierta que dirigió al primer ministro de Eslovaquia, denunciando a una pareja como responsable de supuestos hechos ilícitos que le afectaban, que fue fijada en varias paradas de buses y de tranvía, indicando el nombre completo y la profesión de ambos, el tribunal europeo coincidió con el argumento de los tribunales nacionales en cuanto a que el reclamante tenía otros medios más apropiados a su disposición para buscar una solución a su problema.<sup>1003</sup> En el mismo sentido, en el caso *Chorherr v. Austria*, en que el peticionario había sido detenido temporalmente y multado por interrumpir una ceremonia militar distribuyendo panfletos llamando a un referéndum para pronunciarse sobre la compra de un helicóptero de combate y portando en su espalda una ampliación de ese panfleto, en un afiche que se proyectaba alrededor de cincuenta centímetros por encima de las cabezas de las personas, la Corte Europea aceptó el argumento del Tribunal Constitucional de Austria, que había aprobado esas medidas no para frustrar la expresión de una opinión, sino para evitar una alteración del orden público.<sup>1004</sup> Asimismo, en el caso *Wingrove v. The United Kingdom*, la Corte Europea observó que la legislación inglesa sobre blasfemia no prohibía la expresión de ideas hostiles a la religión cristiana, ni tampoco podía decirse que las opiniones ofensivas para los cristianos necesariamente caían dentro de su ámbito, sino que era la manera en que esas opiniones eran expresadas lo que la ley trataba de controlar.<sup>1005</sup>

<sup>1002</sup> Cfr. *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, p. 840.

<sup>1003</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Marônek v. Slovakia*, sentencia del 19 de abril de 2001, párrafo 55.

<sup>1004</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Chorherr v. Austria*, sentencia del 25 de agosto de 1993, párrafo 32.

<sup>1005</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wingrove v. The United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1996, párrafo 60.

### III. LA NATURALEZA DE LAS RESTRICCIONES LEGÍTIMAS

Una de las conquistas más notables que deriva de la regulación internacional de la libertad de expresión es que, si bien ésta puede ser sometida a determinadas restricciones, el Estado no puede recurrir a cualquier procedimiento para coartarla. De manera que aunque el fin que se persigue sea legítimo, no todos los medios están permitidos.

Por otra parte, debe observarse que existe una diferencia sustancial entre lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea de Derechos Humanos, que no excluyen la censura previa, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que, a partir de las circunstancias que permiten restringir la libertad de expresión, pone énfasis en el establecimiento de la responsabilidad ulterior del autor del mensaje, y sólo permite la censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a los espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y de la adolescencia. Pero, incluso mucho antes de la suscripción o de la entrada en vigor de los instrumentos internacionales antes mencionados, en el derecho comparado ya existían disposiciones que excluían la posibilidad de recurrir a la censura. En este sentido, la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, al disponer que el Congreso no hará ninguna ley que restrinja la libertad de palabra o la de prensa, se ha interpretado que prohíbe al Estado recurrir a la censura previa; de manera mucho más evidente, el artículo 7o. de la Constitución de México dispone que la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia es inviolable, y que ninguna ley ni autoridad puede establecer la censura previa.

En todo caso, al elegir los medios a que se puede recurrir para interferir con el derecho a expresarse, el Estado no dispone de un margen de opciones ilimitadas, entre las cuales pueda seleccionar la que le plazca. Muy por el contrario, el carácter fundamental de la libertad de expresión sugiere la necesidad de imponer condiciones muy estrictas a algunas de las medidas que la restrinjan, tales como la interceptación de comunicaciones telefónicas, y plantea serias dudas en cuanto a la legitimidad de otras, como la infiltración policial de reuniones o manifestaciones públicas.

### 1. *La censura previa y las responsabilidades ulteriores*

Quiero una situación sin censura, porque no quiero ser responsable de lo que ellos puedan decir.

Napoleón BONAPARTE, en carta del 1o. de junio de 1805 a su ministro de policía, Joseph Fouché.

Según Kenneth Karst, la idea de igualdad entre las distintas ideas y puntos de vista se sitúa en el corazón mismo de la libertad de expresión y de la garantía de que el Estado no podrá regular el contenido del mensaje;<sup>1006</sup> de manera que cualquier disposición que discrimine de acuerdo con el contenido del mensaje es censura en su forma más depurada. La censura es la forma más severa de interferir con la libertad de expresión; mientras una sanción posterior, dispuesta como consecuencia de un procedimiento judicial, está sujeta a un cúmulo de garantías judiciales y sólo opera después de que dicha sentencia adquiere fuerza de cosa juzgada, la censura previa tiene un efecto inmediato y, en cierto sentido, produce un daño irreversible. En tal sentido, no puede perderse de vista el valor que tiene una información recibida en forma oportuna; en caso contrario, ella carece de pertinencia.

Paradójicamente, a pesar de que su propósito es impedir la difusión de un mensaje, existe la impresión de que con la censura se obtiene un resultado completamente contrario al que se espera; a juicio de Herbert Spencer, la persecución, antes que ahogar, propaga las doctrinas.<sup>1007</sup> En opinión de Yves Madiot, la censura es inherente a nuestra vida social, y es practicada por todos los que disponen de información, o por quienes están en capacidad de controlar la difusión de la misma.<sup>1008</sup> Particularmente la censura previa, como medio para proteger los derechos o intereses que se desea preservar, y como procedimiento que ataca el núcleo de la libertad de expresión, es un aspecto que merece especial considera-

<sup>1006</sup> Cfr. "Equality as a Central Principle in the First Amendment", *University of Chicago Law Review*, vol. 43, 1975, p. 21. Citado por Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, p. 800.

<sup>1007</sup> Cfr. *Demasiadas leyes*, traducción de Rosendo Dieguez, Buenos Aires, Tor, 1943, p. 31.

<sup>1008</sup> Cfr. *Les droits de l'homme*, París, M. A. Éditions, 1987, p. 34.

ción. No cabe duda que la censura constituye la forma más radical de interferir con las posibilidades de comunicarnos; lo que queda por definir es determinar cuál es su régimen jurídico.

### A. *El concepto de censura*

Dicho en términos coloquiales, según Jonathan Swift, la censura es el impuesto que se paga al público por ser eminente.<sup>1009</sup> Pero la censura constituye la denegación de la libertad de expresión tanto en su aspecto individual, es decir, el derecho que tiene toda persona a expresarse, como en su aspecto colectivo, en cuanto garantía de que la sociedad pueda recibir todo tipo de información.<sup>1010</sup> Con la censura se impide que la información llegue a su destino, ya sea suprimiéndola o restringiendo su circulación; pero ella también constituye un juicio de reproche sobre el autor del mensaje que, como consecuencia de la reacción social que puede generar, a veces puede tener consecuencias fatales para su libertad, su integridad física, o incluso su vida.

Desde el punto de vista jurídico, la censura es una medida dirigida a controlar el contenido de una obra, adoptada por las autoridades del Estado en forma previa a su difusión, para impedir o restringir la circulación de información, ya sea porque ella no está en sintonía con los patrones morales del censor, o porque se considera que el interés público hace necesario suprimirla, o por cualquier otra causa. La censura puede afectar no sólo a los libros u obras escritas, sino también a la música, la pintura, el cine, o cualquier otra producción intelectual.

Un aspecto no menos importante es el que se refiere a la autocensura y, sobre todo, a la censura social. Sobre este particular, en el prefacio de su novela *Rebelión en la granja*,<sup>1011</sup> George Orwell dirigió su atención a las sociedades relativamente libres del control estatal, señalando que “lo siniestro de la censura literaria en Inglaterra estriba en que es en gran parte voluntaria. Es posible silenciar las ideas impopulares y mantener en secreto los hechos inoportunos sin ninguna necesidad de prohibición

<sup>1009</sup> Cfr. *Thoughts on various subjects*.

<sup>1010</sup> Cfr., en este sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 69/98, caso 11.803, Chile, Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, párrafo 21.

<sup>1011</sup> Título original en inglés: *Animal Farm*, publicado Harcourt Brace Jovanovich, 1946.

oficial... Cualquiera que se oponga a la ortodoxia imperante se ve silenciado con sorprendente eficacia”.<sup>1012</sup> Como si se quisiera confirmar las palabras de Orwell, Noam Chomsky nos recuerda que el prefacio antes citado permaneció inédito durante treinta años.<sup>1013</sup>

En opinión del Tribunal Constitucional español, al margen de otras acepciones, en este campo, por censura hay que entender

la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales. La presión de ciudadanos o grupos de ellos para impedir esa difusión, aunque consiga obtener el mismo resultado, puede llegar a ser una intromisión en un derecho ajeno, con relevancia penal en más de un caso y desde más de un aspecto, pero no “censura”, en el sentido que le da la Constitución (española).<sup>1014</sup>

Según este alto tribunal, lo que a veces ha dado en llamarse “autocensura”, utilizada para regular la propia actividad y establecer corporativamente ciertos límites a la actividad informativa, tampoco encaja en el concepto de censura propiamente tal;<sup>1015</sup> asimismo, la tarea asumida por los editores y directores en cuanto al examen y análisis de textos y contenidos antes de su difusión, para comprobar que no se traspasen los límites de las libertades que ejercen, tampoco constituiría censura.<sup>1016</sup> Según el Tribunal Constitucional español, la verdadera censura previa consiste en cualquiera medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido.<sup>1017</sup>

### B. *Los antecedentes históricos de la censura*

Ciertamente, la censura no es el producto del siglo de la Ilustración o del racionalismo; ella es la forma más antigua y más radical de controlar

<sup>1012</sup> Citado por Chomsky, Noam, *Actos de agresión*, Barcelona, Crítica, 2000, p. 47.

<sup>1013</sup> *Idem*, citando un artículo de Bernard Crick, en *Times Literary Supplement*, del 15 de septiembre de 1972.

<sup>1014</sup> Sentencia núm. 176/1995, del 11 de diciembre de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 1421/1992, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 12 de enero de 1996, núm. 11 (suplemento).

<sup>1015</sup> *Idem*.

<sup>1016</sup> *Idem*.

<sup>1017</sup> *Idem*.

el libre flujo de informaciones e ideas, y probablemente tiene el efecto contrario al que se persigue; no por casualidad, Voltaire sostenía que la característica más notable de la censura es que ella confiere credibilidad a las opiniones que ataca.<sup>1018</sup> Por lo menos en lo que se refiere a informaciones, la Corte Suprema de los Estados Unidos también ha advertido sobre este efecto de la censura; en opinión de ese alto tribunal, es razonable asumir que sin el reportaje de la noticia transmitida por la prensa o por los medios radioeléctricos, los rumores se desplazarán cómodamente de boca en boca, dejando sólo a la especulación la determinación de la exactitud de lo que se afirma.<sup>1019</sup> Según la Corte, además de que esos rumores pueden ser más perjudiciales que un reportaje apropiado de la noticia, no se puede impedir a toda una comunidad discutir aquellos asuntos que afectan la vida de la misma.<sup>1020</sup>

El origen mismo de la palabra se remonta a la antigua República Romana que, en el año 443 antes de Cristo instituyó la figura del censor, como la culminación de una carrera política; los censores —en número de dos— gozaban de gran prestigio y autoridad, y —además de elaborar el censo de la población— tenían la responsabilidad de inspeccionar la conducta y la moral de los ciudadanos. Pero en las antiguas ciudades griegas, particularmente en Esparta, también se daba por sentado que los ciudadanos debían formarse según las necesidades del régimen; el mismo Platón, en *La República*, sostenía la convicción de que las opiniones de la población pueden moldearse de acuerdo con la ley, y que los ciudadanos pueden ser objeto de sanciones si dicen algo que ofenda la sensibilidad pública, que atente contra la moral, o que pueda subvertir las instituciones públicas. Pero, curiosamente, llama la atención que la historia recuerde la sabiduría de quienes, como Galileo, Shakespeare, Thomas Paine, o Pascal, fueron objeto de la censura, mientras se ignora a aquellos que temporalmente lograron acallarlos.

Si bien lo primero que viene a la mente es la censura política, aplicada en forma rigurosa y a veces dramática, la censura eclesiástica, con frecuencia asociada con el poder civil, no ha sido menos eficaz, y, por el contrario, aun sorprende, no sólo por su intolerancia, sino que por la extrema crueldad a que pudo conducir. Sus antecedentes se remontan a principios del siglo V cuando, en el año 405, el papa Inocencio I previó

<sup>1018</sup> Cfr. el prefacio a *Poème sur le désastre de Lisbonne*, 1758.

<sup>1019</sup> Cfr. *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

<sup>1020</sup> *Idem*.

la necesidad de contar con una guía de libros prohibidos, la cual fue finalmente decretada por el papa Gelasio I, alrededor del año 496. Ese sistema poco sofisticado cristalizó en 1559, bajo el pontificado del papa Paulo IV, cuando la Iglesia católica elaboró una lista de libros prohibidos, el *Index Librorum Prohibitorum*, y que —periódicamente actualizado— permaneció en vigor hasta el 14 de junio de 1966;<sup>1021</sup> entre los libros prohibidos por la Iglesia figuraban todas las obras de Thomas Hobbes, todos los escritos filosóficos de Descartes, el *Ensayo sobre el entendimiento humano*, de John Locke, todos los trabajos de David Hume, *El contrato social*, de J. J. Rousseau, la *Crítica de la razón pura*, de E. Kant, la *Vida de Jesús*, de Ernesto Renan, todas las obras de Emilio Zola, y todas las obras de Jean Paul Sartre.<sup>1022</sup> De alguna manera, esa cultura de la intolerancia, que se gestó en importantes sectores de la Iglesia católica, se ha prolongado hasta nuestros días; según Carlos Fuentes, como consecuencia de la fortaleza de la contrarreforma en el continente americano no pudimos incluir la libertad de palabra y la libertad de creencias en nuestra acta bautismal.<sup>1023</sup>

Entre los antecedentes de la censura en el mundo hispano debe recordarse que, ante los peligros que encerraba la imprenta y que podían amenazar a la Corona, en 1502, los reyes católicos decretaron que ningún libro ni impresor podía osar imprimir un libro —por pequeño o grande que fuera, e independientemente de que estuviese escrito en latín o en otro idioma— sin que para ello contara con una licencia expedida por los reyes, y prohibieron, igualmente, que se vendieran en el reino libros que no hubieran sido previamente examinados por ellos; la infracción de es-

<sup>1021</sup> Sin embargo, la Santa Sede ha publicado nuevas regulaciones, que contienen normas precisas acerca de la lectura de libros que se consideran peligrosos para la “fe católica” o para la “moral cristiana”. En este sentido, en la página web de Las Siervas de los Corazones Traspasados de Jesús y María, se advierte sobre “la necesidad de avisar al pueblo de Dios de los peligros en (*sic*) la lectura”. Cfr. [http://www.corazones.org/apologetica/indice\\_libros\\_prohibidos.htm05/04/01](http://www.corazones.org/apologetica/indice_libros_prohibidos.htm05/04/01).

<sup>1022</sup> La lista de autores prohibidos también incluye a Nicolás Maquiavelo, John Milton, Rabelais, Montaigne, La Fontaine, Pascal, Montesquieu, Voltaire, Diderot, Stendhal, Balzac, Víctor Hugo, Gustavo Flaubert, Alejandro Dumas, André Gide, Anatole France, Pierre Larousse, Gabriel d’Annunzio, Alberto Moravia, John Stuart Mill, Benedetto Croce y Henri Bergson.

<sup>1023</sup> Cfr. “El conflicto está en la historia”, discurso pronunciado al recibir el doctorado *honoris causa* de la Universidad de Harvard, 9 de junio de 1983, reproducido en García Márquez, Gabriel y otros, *La democracia y la paz en América Latina*, Bogotá, El Búho, 1985, p. 34.

tas disposiciones se sancionaba con la confiscación de los libros, los cuales debían ser quemados públicamente en la plaza de la ciudad o de la villa en donde se hubieran impreso o vendido.<sup>1024</sup>

La hoy desaparecida Unión Soviética también recurrió a todos los medios a su alcance para silenciar a los disidentes e impedir a sus ciudadanos el acceso a la información. Los libros y revistas que no correspondían a las ideas políticas más ortodoxas no formaban parte del inventario de las bibliotecas del Estado. Incluso la historia era revisada periódicamente, para ajustarse a la línea del partido comunista; a título ilustrativo, después de la ejecución, en diciembre de 1953, de Lavrenti Pavlovich Beria, quien había sido director de la policía secreta y que había desempeñado un importante papel en las purgas de Stalin, todos los artículos en que se le elogiaba tuvieron que ser escritos de nuevo, incluyendo las referencias que se hacían de él en la *Gran Enciclopedia Soviética (Bolschaia Sovetskaia Entsiklopedia)*, cuya nueva versión también fue recibida por la biblioteca de la Universidad de California, en reemplazo de la anterior.<sup>1025</sup> Los autores de cualquier obra crítica del régimen soviético eran perseguidos y procesados criminalmente, o declarados “enfermos mentales” e internados en sanatorios. Ni siquiera escritores y científicos de renombre, ganadores del premio Nóbel, escaparon a esta suerte. En efecto, después de que se prohibiera su novela *El doctor Zhivago*, en 1958, Boris Pasternak fue forzado a rechazar el premio Nobel de literatura; asimismo, luego de publicar *El archipiélago Gulag*, Alexander Solzhenitsyn fue arrestado, acusado de traición y enviado al exilio; y Andrei Sakharov fue expulsado de la Academia Soviética de Ciencias y enviado al exilio interno en la inhóspita ciudad de Gorky.

En Inglaterra, una de las formas que adoptó la censura, y que fue ampliamente utilizada incluso antes de la invención de la imprenta, cuando los libros simplemente se copiaban a mano, fue la necesidad de obtener una licencia o autorización oficial para la publicación de un libro. Este procedimiento fue reivindicado como una prerrogativa de la Corona, que encontraba su origen en una práctica largamente establecida por la Iglesia de Inglaterra, y que, con la aprobación del Parlamento, fue introducida por Enrique VIII, haciéndola extensiva no sólo a los escritos heréti-

<sup>1024</sup> *Cfr.* la pragmática de los Reyes Católicos, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, del 8 de julio de 1502.

<sup>1025</sup> La biblioteca de la Universidad de Kansas aún conserva la versión original.

cos, sino a cualquier publicación, y particularmente a aquellas de carácter subversivo que pudieran amenazar la destrucción del reino. El discurso de John Milton, pronunciado ante el Parlamento inglés en 1644 y publicado bajo el título de *Areopagítica*,<sup>1026</sup> fue precisamente una reacción en contra de una ley aprobada el 14 de junio del año anterior restableciendo la censura, y que señalaba que a partir de esa misma fecha no se publicaría ni se importaría ningún libro, panfleto o papel sin la debida licencia previa o registro en la Compañía de Libreros.<sup>1027</sup> Sin perjuicio de varios cambios, antes y después de la revolución, particularmente en cuanto a las agencias gubernamentales encargadas de otorgar las licencias, y en cuanto a su base de sustentación, que pasó de ser una prerrogativa real a una ley aprobada por el Parlamento, este sistema permaneció en vigor hasta su derogación en 1694. Con la aprobación en 1737 de la Ley de Licencias, la cual estuvo en vigor hasta 1968, cuando se adoptó la Ley de Teatros, las obras de teatro también fueron objeto de la censura inglesa, a fin de preservar el “decoro” y las “buenas maneras”; pero, en realidad, esa ley fue el resultado de la sensibilidad herida del primer ministro de la época, sir Robert Walpole, quien había sido expuesto al ridículo en una obra de teatro de Henry Fielding,<sup>1028</sup> que criticaba la corrupción política imperante bajo su gobierno. Por otra parte, en lo que concierne al cine, la propia industria ha establecido un Consejo de Censores, que concede o deniega a cada película un certificado indicando el tipo de público para el cual ha sido aceptada, y que opera como un mecanismo de autocensura; además, las autoridades locales poseen el poder de conceder o denegar licencias a las salas de exhibición, lo cual les permite un control definitivo de las películas que se pueden exhibir en su área respectiva.

<sup>1026</sup> Este libro lleva como subtítulo el de *Discurso sobre la libertad de impresión, sin licencias, al Parlamento de Inglaterra*. Bajo las circunstancias que exigían una licencia previa, esta obra fue impresa secretamente, y aún se ignora el nombre del impresor. La infracción cometida por Milton fue condonada, con lo que el sistema de licencias recibió un severo golpe, que condujo rápidamente a su colapso.

<sup>1027</sup> La Compañía de Libreros (The Stationers’ Company), que se había formado en 1403 de entre los miembros de las cofradías de escribientes, encuadernadores y libreros, obtuvo en 1557 un decreto que le confirió virtualmente el monopolio del comercio de libros.

<sup>1028</sup> Novelista, dramaturgo, autor de escritos políticos y satíricos, además de magistrado, que se convirtió en un personaje importante de la vida londinense de la primera mitad del siglo XVIII. Como uno de los pioneros de la novela inglesa moderna, es autor, entre otras obras, de *La historia de Tom Jones*, publicada en 1749.

Paradójicamente, la censura ha estado presente incluso en aquellos círculos tradicionalmente inclinados a la libertad de expresión. En este sentido, Frederick Schauer relata el caso del distinguido historiador Leonard Levy, a quien en 1957 el Centro por las Instituciones Democráticas le encomendó preparar un estudio sobre el significado original de la libertad de expresión en la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos;<sup>1029</sup> al estudiar las fuentes, contrariamente a sus convicciones anteriores, Levy llegó a la conclusión de que los redactores de la primera enmienda habían tenido una concepción de la libertad de expresión mucho más restringida que lo que tradicionalmente se pensaba, y que en su intención original no figuraba el propósito de eliminar la legislación penal sobre discurso sedicioso ni la intención de eliminar la censura previa más allá de lo que constituyeran mensajes de contenido político. Cuando estas conclusiones fueron incorporadas en el estudio, Robert M. Hutchins, uno de los intelectuales más distinguidos de la época y director del Centro, rehusó publicarlas. Esta forma de censura fue denunciada con indignación por el mismo Levy, en un libro en el que relata estos hechos.<sup>1030</sup>

Aunque el desarrollo científico y tecnológico hace cada vez más difícil asegurar la eficacia de la censura previa, particularmente en el mundo de la cibernética y de las comunicaciones por satélite, aún es relativamente eficaz respecto de materiales escritos, de grabaciones sonoras y de películas. En todo caso, del mismo modo como se han multiplicado los medios de comunicación, y así como la imaginación ha recurrido a distintos medios para transmitir su mensaje, la censura también ha asumido nuevas formas. Si la quema de libros podía ser una eficaz forma de censura antes de la invención de la imprenta, cuando los libros eran escritos a mano y había muy pocas copias disponibles, hoy en día no pasa de ser una muestra de salvajismo, incapaz de evitar, por sí sola, el acceso a una publicación, y mucho menos a la información en su sentido más amplio. En la actualidad, la censura puede ocultarse tras la decisión de qué libros comprar o no comprar para una biblioteca pública, a qué programas de opinión asistirán los miembros del gabinete del gobierno tal o cual, parti-

<sup>1029</sup> Cfr. "The First Amendment as Ideology", 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, pp. 25 y ss.

<sup>1030</sup> Cfr. *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History*, Cambridge, Harvard University Press, 1960.

cularmente cuando se decide no asistir a los programas en que simultáneamente se invite a alguna figura de oposición al régimen,<sup>1031</sup> la clasificación de un libro o de una película como “propaganda política”, mientras que otras son calificadas como “material educativo”, o tras otras decisiones aparentemente inocuas.

### *C. El debate sobre la pertinencia de la censura*

La lucha que se desarrolló en Inglaterra en contra de la censura, practicada en forma de licencias que se requerían para publicar, se reflejó en los escritos de los poetas John Milton, J. S. Mill, y William Blackstone. Este último sostuvo que la libertad de prensa es esencial a la naturaleza de un Estado libre; en su opinión, tal libertad consiste en no imponer restricciones previas a las publicaciones, y no en dejar libre de censura materiales criminales ya publicados. Según Blackstone, todo hombre libre tiene el indiscutible derecho a exponer ante el público los sentimientos que le plazca, y prohibir esto es destruir la libertad de prensa; pero si él publica algo que es impropio, dañino o ilegal, tiene que asumir las consecuencias de su temeridad.<sup>1032</sup> Este debate se extendió a los Estados Unidos, cuyas colonias debieron someterse a las licencias para publicar, y se manifestó en la adopción de la primera enmienda a su Constitución, la cual se ha interpretado como una renuncia a la censura previa. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, al determinar la extensión de la protección constitucional de la libertad de expresión, generalmente se ha considerado que su propósito principal es el de evitar la censura previa “como ha sido practicada por otros gobiernos”, sin perjuicio de las sanciones posteriores que se considere contrarias al bienestar general.<sup>1033</sup> Sin embargo, en el curso del presente siglo la Corte Suprema de los Estados Unidos ha admitido que la protección de la libertad de expresión, incluso en lo que concierne a la censura previa, no es absolutamente ilimitada; esta limitación se habría reconocido en casos excepcionales. Según

<sup>1031</sup> En este sentido, Noam Chomsky y Edward S. Herman mencionan que Elliot Abrams, siendo subsecretario de Estado para asuntos latinoamericanos, rehusó participar en una conferencia sobre derechos humanos en América central, organizada por la Kennedy School of Government, de la Universidad de Harvard, si no se excluía la intervención del ex embajador de los Estados Unidos en El Salvador, señor Robert White. *Cfr. Los guardianes de la libertad*, Barcelona, Crítica, 2000, p. 57.

<sup>1032</sup> *Cfr. Commentaries on the Laws of England*, tomo IV, pp. 151-152.

<sup>1033</sup> *Cfr. Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

la Corte, “cuando una nación está en guerra, muchas cosas que podrían decirse en tiempo de paz son tal estorbo que su comunicación no se podrá sostener mientras los hombres estén luchando, y ningún tribunal podría considerarlas protegidas por cualquier derecho constitucional”.<sup>1034</sup> Además, en opinión de ese alto tribunal, nadie cuestionaría que un gobierno pudiera impedir la obstrucción a sus servicios de reclutamiento, o la publicación de la fecha de salida de sus transportes navales, o el número y localización de sus tropas; de modo semejante, los requerimientos de la decencia podrían hacerse prevalecer respecto de publicaciones obscenas, o la seguridad de la vida de la comunidad podría protegerse contra incitaciones a la violencia y al derrocamiento de un gobierno disciplinado, porque la garantía constitucional de la libertad de expresión no impide que se pueda adoptar una orden judicial impidiendo que se pronuncien palabras que podrían tener todo el efecto de la fuerza.<sup>1035</sup> Sobre este particular, lo sostenido por el juez Brandeis resulta especialmente pertinente; en su opinión, la censura se justifica si se teme fundadamente que, de manifestarse las expresiones que se desea prohibir, va a ocurrir algo grave; es decir, debe haber una probabilidad razonable para creer que el peligro que se percibe es inminente y que el daño que se procura evitar es grave.<sup>1036</sup> En opinión de Brandeis, para quienes

confían en el poder del razonamiento libre y sin temor, empleado en la dinámica propia del proceso de gobierno representativo, ningún daño que provenga del hecho de expresarse puede considerarse claro e inmediato, a no ser que la incidencia del daño percibido sea tan inminente que pueda producirse antes de tener la oportunidad de discutirlo a fondo. Si hubiera tiempo para exponer, a través de la discusión, las falsedades y las falacias (que hay en el mensaje que se desea evitar), y si hubiera tiempo para evitar ese daño recurriendo a la educación, el medio adecuado sería más expresión y no el silencio forzoso. Sólo una emergencia puede justificar la censura previa.<sup>1037</sup>

Si bien la doctrina del “peligro claro e inmediato”, tomada de las condiciones para que proceda la legítima defensa en el ámbito del derecho

<sup>1034</sup> Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919), p. 52.

<sup>1035</sup> Cfr. Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931).

<sup>1036</sup> Cfr. su opinión concurrente en Whitney v. People of the State of California, 274 U.S. 357 (1927).

<sup>1037</sup> *Idem*.

penal, ha aportado un importante elemento de juicio para determinar la procedencia de la censura previa en la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses, ella no ha estado exenta de críticas; en efecto, ella es suficientemente ambigua como para fundarse en un juicio subjetivo, que pretende anticipar cuáles serían las consecuencias perjudiciales del mensaje que se desea impedir.<sup>1038</sup>

El artículo 19, número 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que es “el ejercicio” de la libertad de expresión el que puede estar sujeto a ciertas restricciones. Similarmente, el artículo 10, número 2, de la Convención Europea tampoco prohíbe la censura como tal, y dispone que “el ejercicio” de esta libertad puede estar sujeto a formalidades, condiciones, restricciones o sanciones; aunque las sanciones son una forma de establecer responsabilidades por un mensaje que ya se ha emitido, las formalidades, condiciones o restricciones imponen una censura o barrera al ejercicio mismo del derecho a expresarse; además, la referencia que se hace a la “prevención” en esta disposición sugiere claramente que sus redactores no excluyeron la posibilidad de recurrir a la censura previa. En tal sentido, en *Gaweda v. Poland*, el tribunal europeo se limitó a señalar que una ley que permita la censura previa de las publicaciones debe proporcionar una clara indicación de las circunstancias en que ella está permitida, y muy especialmente cuando la consecuencia de su aplicación es impedir completamente la publicación de una revista.<sup>1039</sup> Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha observado que los peligros inherentes a la censura previa son de tal entidad que hacen necesario el más cuidadoso análisis, y que esto es especialmente así en lo que concierne a la prensa, porque las noticias son una mercancía perecedera, y cualquier dilación de su publicación, incluso por un corto tiempo, puede despojarla de todo valor e interés.<sup>1040</sup> En todo caso, la censura sólo podría ser aceptada en circunstancias muy excepcionales, cuando el mensaje que se objeta pueda poner en peligro la existencia del Estado como tal, o cuando constituya tal grado de abuso que se traduzca en la

<sup>1038</sup> *Cfr.*, en este sentido, lo expuesto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, aunque con pequeñas variantes que introducen la *incitación* a una acción ilegal, en *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

<sup>1039</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, First Section, Case of *Gaweda v. Poland*, sentencia del 14 de marzo de 2002, párrafo 40.

<sup>1040</sup> *Cfr.* *The Observer and Guardian v. The United Kingdom case*, sentencia del 26 de noviembre de 1991, párrafo 60.

negación de los derechos de terceros, de una manera que resulte intolerable en una sociedad democrática. Pero estas consideraciones no han impedido que, incluso en Europa, se haya recurrido a medios indirectos de censura, como —en el caso *Piermont v. France*— la prohibición de permanecer en la Polinesia francesa, o de reingresar a ella, como una forma deliberada de silenciar las opiniones políticas de una persona.<sup>1041</sup>

Por el contrario, nutriéndose del espíritu de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, y adoptando una solución semejante a la interpretación jurisprudencial formulada por los tribunales de ese país, el artículo 13, número 2, de la Convención Americana omite referirse a posibles “restricciones”, y dispone que el ejercicio de la libertad de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”; además, el número 3 del mismo artículo establece que no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. La única excepción estaría prevista en el artículo 13, número 4, de la Convención, que dispone que los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa “con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”. En todos los demás casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de expresión,<sup>1042</sup> por consiguiente, dicho tribunal ha sostenido que “el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido”.<sup>1043</sup> En el mismo sentido, la Comisión Interamericana tampoco ha percibido ninguna circunstancia que autorice recurrir a la censura, señalando que, según el artículo 13 de la Convención, quien ha ejercido la libertad de expresión en

<sup>1041</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Piermont v. France*, sentencia del 20 de marzo de 1995, párrafos 10 y 11.

<sup>1042</sup> *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La última tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*), sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 70.

<sup>1043</sup> *Cfr.* La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 39.

forma abusiva debe afrontar las consecuencias ulteriores de ese acto.<sup>1044</sup> En una interpretación que no compartimos, la Comisión Interamericana ha llegado a sugerir que la prohibición de la propaganda de guerra, así como de la apología del odio nacional, racial o religioso, que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal, prevista en el artículo 13, número 5, de la Convención Americana, debe entenderse en armonía con el inciso 1 del mismo artículo, que rechaza de plano la censura y sólo prescribe el establecimiento de responsabilidades ulteriores.<sup>1045</sup>

Mientras el establecimiento de responsabilidades ulteriores puede tener un efecto inhibitorio de la libertad de expresión, la censura previa es una sanción irreversible, que congela definitivamente el debate. Pero sería ingenuo asumir que la prohibición de la censura previa es suficiente garantía de la libertad de expresión, pues si una persona pudiera ser castigada penal o civilmente por expresiones que no causan ningún daño, esta libertad no pasaría de ser una simple burla.

Sobre este particular, Rodolfo Piza ha sostenido que la sustitución de las “restricciones” a que hace referencia el artículo 19, número 3, del Pacto por la prohibición de la censura previa junto con la posibilidad de establecer “responsabilidades ulteriores” no puede considerarse accidental o semántica, sino intencional y de fondo.<sup>1046</sup> Por otra parte, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la censura previa “es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4, referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión”.<sup>1047</sup> En opinión del Tribunal, “el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo, sino fundamento de respon-

<sup>1044</sup> *Cfr.*, en este sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 69/98, caso 11.803, Chile, Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, párrafo 77.

<sup>1045</sup> *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 61, letra g.

<sup>1046</sup> *Cfr.* su opinión separada en Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 8.

<sup>1047</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 38.

sabilidad para quien lo haya cometido”.<sup>1048</sup> Éste sería también el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha entendido que la censura previa es absoluta, y que cualquier interés que entre en conflicto con la libertad de expresión sólo autorizaría a establecer “responsabilidades ulteriores”.<sup>1049</sup> Esas responsabilidades pueden establecerse ya sea por la vía penal, sancionando como delito las expresiones que se consideren lesivas, o por la vía civil, disponiendo las reparaciones pecuniarias a que haya lugar, o por ambas.

En realidad, un Estado parte en la Convención Americana sólo podría recurrir a la censura previa en situaciones excepcionales de la naturaleza prevista en el artículo 27 de la misma Convención,<sup>1050</sup> en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de esa situación. Esta medida podría afectar a cualquiera de los dos elementos de la libertad de expresión; es decir, la libertad de expresión propiamente tal o la libertad de información, tanto desde el punto de vista del que la posee como de quien quiere acceder a ella.

Rodolfo Piza se ha referido a la diferencia que existe entre el establecimiento de “responsabilidades ulteriores” y la imposición de “restricciones propiamente dichas”. En su opinión, las primeras hacen alusión a infracciones de la ley que solamente se producen con el ejercicio de la libertad de expresión, y solamente se sancionan después de ejercerla; las segundas, en cambio, estarían dirigidas a limitar (*sic*) el ejercicio mismo de la libertad de expresión. Este último sería el caso de las licencias o autorizaciones, cuyo propósito no es el de someter el ejercicio de la libertad de expresión a una responsabilidad ulterior por el abuso que con el mismo se cometa, sino impedir el ejercicio mismo de dicha libertad mientras la licencia o autorización no haya sido otorgada.<sup>1051</sup> En su opinión, las responsabilidades ulteriores que autoriza el artículo 13, número 2, no pueden tender a producir un efecto impeditivo, sino únicamente a

<sup>1048</sup> *Ibidem*, párrafo 39.

<sup>1049</sup> *Cfr.* Steve Clark v. Grenada, caso 10.325, Informe núm. 2/96, del 1o. de marzo de 1996, en *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1995*, Washington, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1996, pp. 122 y ss.

<sup>1050</sup> Es decir, en caso de guerra, de peligro público, o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte.

<sup>1051</sup> *Cfr.* su opinión separada en Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 10.

lograr, por medios indirectos y no preventivos, que el ejercicio de este derecho se mantenga dentro de límites legítimos.<sup>1052</sup> Por consiguiente, la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto constituye una restricción cuyo propósito sería prevenir el ejercicio mismo de la actividad periodística, sometiéndolo a la condición de una licencia o autorización, constituiría una restricción no autorizada por el artículo 13, número 2, de la Convención Americana.<sup>1053</sup> En el mismo sentido, Pedro Nikken estima que la colegiación obligatoria de periodistas, entendida en los términos antes expuestos, representa un régimen extremo, incompatible con la Convención Americana, puesto que bastaría con que una persona “difundiera” por sí misma, a través de un procedimiento de su elección (que podría ser la prensa, la radio, o la televisión) una información que hubiera “buscado” libremente, para que incurriera en responsabilidad (incluso penal) por ejercicio ilegal del periodismo.<sup>1054</sup>

Es interesante observar que la nueva Constitución de Venezuela, promulgada el 30 de diciembre de 1999, en sus artículos 57 y 58, también excluye la censura previa tanto respecto de la libertad de expresión propiamente tal como respecto de la libertad de información. Sin embargo, el artículo 337 del citado texto constitucional permite “restringir” (no suspender) las garantías constitucionales en estados de excepción, excepto en lo que se refiere, *inter alia*, al derecho a la información; curiosamente, esta disposición parte en dos la libertad de expresión en sentido amplio, e incluye el derecho a la información (aunque no la libertad de expresión propiamente tal) entre los derechos intangibles. Sin embargo, el artículo 209 de la recientemente aprobada Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone que “hasta tanto se dicte la ley correspondiente, el Ejecutivo Nacional podrá, cuando lo juzgue conveniente a los intereses de la Nación, o cuando así lo exigiere el orden público o la seguridad, suspender la transmisión de comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones, todo ello de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.<sup>1055</sup>

<sup>1052</sup> *Idem*.

<sup>1053</sup> *Ibidem*, párrafo 11.

<sup>1054</sup> *Cfr.* Declaración del juez Pedro Nikken, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 10.

<sup>1055</sup> No se indica si la referencia que se hace a la “seguridad” lo es a la seguridad personal, a la seguridad nacional, o a una noción distinta en que la misma sea pertinente.

Rechazando el recurso a la censura previa, y acogiendo el establecimiento de responsabilidades ulteriores, la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha sostenido que la libertad de prensa

radica en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin el previo contralor de la autoridad, pero no de la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos y causar daños por culpa o negligencia. La Constitución Nacional no asegura la impunidad de la prensa. Una vez efectuada la publicación, su contenido queda sometido a la ley y al control de los jueces.<sup>1056</sup>

En opinión de ese tribunal, el derecho de difundir información

no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. La función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran la integridad moral y el honor de las personas.<sup>1057</sup>

Sin embargo, esta distinción entre censura previa y responsabilidades ulteriores tampoco debe sobreestimarse; desde luego, en la era de la cibernética y de las comunicaciones por satélite, la amenaza de una sanción penal o pecuniaria puede disuadirnos de difundir determinadas informaciones o ideas, incluso con mayor eficacia que la censura previa. Además, tampoco debe perderse de vista que, en el caso de los medios de comunicación, la responsabilidad civil puede ser compartida, extendiéndose a los directores de esos medios, que pudiendo impedir la difusión del hecho dañoso no lo hicieron, lo que virtualmente los convierte en censores de lo que se pueda comunicar a través de ese medio.<sup>1058</sup>

<sup>1056</sup> *La Ley*, Ponzetti de Balbín-Editorial Atlántida, 1985, B, p. 114, citado por Bustamante Alsina, Jorge, “La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la ‘actual malice’”, *Campus*, Buenos Aires, año IV, núm. XVI, octubre de 1997, p. 7.

<sup>1057</sup> Campillay-La Razón, sentencia del 15 de agosto de 1986, *La Ley*, 1986, C, p. 406, citado por Bustamante Alsina, Jorge “La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la ‘actual malice’”, *Campus*, Buenos Aires, año IV, núm. XVI, octubre de 1997, p. 7.

<sup>1058</sup> *Cfr.*, por ejemplo, el artículo 1.195 del Código Civil de Venezuela.

Por otra parte, tampoco debe perderse de vista que, en la práctica, la censura ha hecho que la información que se objeta se difunda en forma clandestina, a veces incluso con mayor eficacia que la proporcionada por los métodos ordinarios. En este sentido, en la sociedad contemporánea las comunicaciones por satélite, al igual que internet, han contribuido a evadir la censura. Por ejemplo, cuando, en abril de 1999, la Corte Suprema de Chile prohibió la difusión de *El libro negro de la justicia chilena*, que criticaba duramente a los jueces de ese país por su comportamiento servil durante la dictadura de Pinochet, inmediatamente dicho libro fue difundido a través de internet, en forma mucho más amplia de lo que podía esperarse con el medio impreso.

## 2. *El derecho de rectificación o de respuesta*

Este derecho adquiere toda su relevancia como un derecho del individuo frente a los medios de comunicación, obviamente con la garantía del Estado. Si bien los medios de comunicación tradicionalmente se han resistido a reconocer este derecho, por considerar que constituye una imposición arbitraria de información, ello no significa que no acepten la responsabilidad que les incumbe en la transmisión de información veraz. En este sentido, el manual de estilo de *El País* asume, como cuestión de principio, que el periódico ha de ser el primero en subsanar los errores cometidos en sus páginas, y hacerlo lo más rápidamente posible, y sin tapujos.<sup>1059</sup>

Además de las circunstancias y de los propósitos que, según las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hemos venido comentando, permiten restringir la libertad de expresión, el artículo 14 de la Convención Americana señala uno de los medios a que con tal fin puede recurrir el Estado, y consagra el derecho de rectificación o de respuesta. Dicha disposición expresa que:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

<sup>1059</sup> Cfr. *Libro de estilo El País*, 15a. ed, Madrid, El País, 1999, p. 23, punto 1.10.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.<sup>1060</sup>

En nuestra opinión, la disposición que comentamos debe interpretarse en conexión con el artículo 13, número 2, letra a), de la Convención Americana, que somete el ejercicio de la libertad de expresión al “respeto a los derechos o a la reputación de los demás”; en consecuencia, su pertinencia debe interpretarse en relación con este propósito. Este derecho permite a cualquier persona aludida por un comentario perjudicial difundido a través de cualquier medio de comunicación, o a la que se haya hecho referencia en la información inexacta de una noticia, proteger su reputación y su integridad moral requiriendo a ese medio que inserte la rectificación pertinente, en sus ediciones o programas, y dentro de un lapso razonable después de recibida la rectificación, de modo que se asegure la eficacia de este derecho. Desde luego, la persona aludida no es solamente aquella que ha sido debidamente identificada, con su nombre y apellido, sino también aquella persona respecto de la cual se proporcionan suficientes datos y circunstancias que permiten identificarla.

En la medida en que se trata de un derecho individual, su titular es quien alegue un perjuicio personal, para sus derechos o para su reputación, que deriva de esa información inexacta o agravante. En todo caso, debe observarse que, según el artículo 14, número 1, de la Convención Americana, el ejercicio de este derecho no excluye a ninguna persona, ni está limitado a una categoría especial de personas; en el mismo sentido, el artículo 58 de la Constitución de Venezuela señala que “toda persona tiene derecho... a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agravantes”. Por consiguiente, resulta absolutamente incongruente con las disposiciones antes citadas que una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela señale

<sup>1060</sup> Debe observarse que, mientras el texto en inglés del artículo 14, núm. 1, se refiere a “inaccurate or offensive statements *or ideas*”, las versiones en castellano (“informaciones inexactas o agravantes”), en francés (“données inexactes ou des imputations diffamatoires”), y en portugués (“informações inexatas ou ofensivas”), omiten la referencia a las “ideas”.

que tal derecho no lo tienen ni los medios ni quienes en ellos se expresan, pues el medio de difusión siempre puede contestar o rectificar la noticia inexacta o agravante que sobre él, sus periodistas o colaboradores haya sido difundida en otro medio.<sup>1061</sup> Según el citado tribunal, “el derecho a la replica y a la rectificación no lo tienen ni los medios ni quienes habitualmente ejercen en ellos el periodismo, ni quienes mantienen en ellos columnas o programas, ni quienes mediante “remitidos” suscitan una reacción en contra. Se trata de un derecho concedido a quienes se ven afectados por la información de los medios, y que carecen de canales públicos para contestar o dar su versión de la noticia”.<sup>1062</sup> Desde luego, esa sentencia ignora, entre otras cosas, que el derecho previsto en el artículo 14, número 1, de la Convención Americana, contempla el derecho del afectado a hacer la rectificación o la respuesta “por el mismo órgano de difusión”, a fin de permitirle acceder a la misma audiencia que inicialmente recibió la información inexacta o agravante, y como una forma de reparación —no excluyente de otras responsabilidades— que le corresponde precisamente al medio que difundió la información inexacta o agravante que hace necesaria la rectificación o respuesta. En tal sentido, es interesante observar que el artículo 20 de la Constitución colombiana garantiza el derecho de rectificación “en condiciones de equidad”.

En primer lugar, hay que observar que este derecho individual se configura frente a la información proporcionada por cualquier medio de comunicación, ya sea éste un medio escrito o radioeléctrico. En tal sentido, es importante subrayar que lo que puede ser susceptible de rectificación son las informaciones inexactas; es decir, aquellas noticias o datos que por su origen, por la forma de su presentación o por su ubicación en los espacios dispuestos por un medio de comunicación presumen de objetividad; por el contrario, el derecho de rectificación no resulta aplicable respecto de las ideas u opiniones. Sin embargo, en la medida en que este derecho responde a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad del medio de comunicación, en el caso de informaciones inexactas o agravantes difundidas en un anuncio pagado, que no compromete la responsabilidad del medio, la persona afectada tendría a su disposición los recursos ordinarios, civiles o penales, pero no el derecho de rectificación o

<sup>1061</sup> *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.

<sup>1062</sup> *Idem.*

de respuesta; en todo caso, nada impide que, como parte de su responsabilidad civil o penal, los tribunales obliguen al autor de ese anuncio pagado a cancelar el valor de la publicación de esa rectificación o respuesta, o de la sentencia dictada en su contra.

En lo que se refiere al derecho de respuesta, las circunstancias que lo hacen operativo requieren algunas precisiones adicionales. En efecto, si bien el artículo 14, número 1, de la Convención Americana indica que éste procede en caso de “informaciones inexactas o agraviantes”, nos parece que esta disposición debe interpretarse en el sentido de requerir que la información a la que se responde sea “inexacta y agraviante”; se trata de dos de las condiciones operativas de este derecho: 1) que la información que se objeta falte a la verdad —que sea inexacta—, y 2) que ella cause un daño o lesión a la persona aludida; es decir, que sea perjudicial o agraviante. No tiene sentido responder a una información que, debido precisamente a su exactitud y corrección, pueda resultar agravante para quien legítimamente ha sido mencionado en ella. Sin embargo, cuando no se dan los supuestos antes mencionados, la circunstancia de que no proceda el derecho de rectificación o de respuesta no impide que esas expresiones puedan generar una responsabilidad ulterior, que pueda ser exigible ya sea por la vía civil o por la vía penal. Sin duda, de esta disposición no deriva necesariamente la obligación de los medios de comunicación de informar verazmente; pero sí se puede deducir la obligación de realizar un esfuerzo serio por descubrir la verdad, y de rectificar las informaciones inexactas.

Por otra parte, según lo dispuesto por el artículo 14, número 2, de la Convención Americana, tanto en el caso de informaciones inexactas como de informaciones agraviantes, el ejercicio del derecho de rectificación o de respuesta no sustituye las responsabilidades civiles o penales que puedan derivar de dicha información. Además, teniendo en cuenta las dificultades que derivan del principio de la confidencialidad de las fuentes para hacer efectiva esa responsabilidad, el artículo 14, número 3, dispone que toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión, tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial. Esta disposición, si bien no supone que los responsables del medio se hagan necesariamente solidarios de la información que se objeta, responde a la circunstancia de que ellos han estado en capacidad de impedir su divulgación, y que tenían la obligación de actuar con mayor diligencia en la verificación de la

misma, a fin de asegurarse de que los hechos y circunstancias difundidos correspondan con los elementos esenciales de la realidad, y evitar daños a terceros. Pero, precisamente porque éste es un derecho que surge en el marco de la actividad de los medios de comunicación de masas, que requiere que la noticia —que es una mercancía perecible— se proporcione con suficiente prontitud, la necesidad de que haya correspondencia entre la información que se difunde y los hechos esenciales de la realidad no puede interpretarse como una exigencia de absoluta meticulosidad y exactitud en la narración de los hechos y circunstancias que rodean a la noticia; en este sentido, el Tribunal Constitucional español ha observado que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la verdad como condición para el ejercicio del derecho a la información, la única garantía sería el silencio.<sup>1063</sup>

Es claro que el derecho de rectificación o de respuesta no es procedente en el caso de opiniones; respecto de éstas, el remedio adecuado es el establecimiento de las responsabilidades civiles o penales a que haya lugar. Sin embargo, en el mundo de la información, la descripción de hechos y las opiniones suelen ir de la mano, lo que eventualmente puede plantear controversias en cuanto a la procedencia del derecho de rectificación o de respuesta, o en cuanto a los elementos que lo justifican. Tampoco es un derecho que pueda exigirse en el marco de un debate político concentrado en la discusión de ideas y puntos de vista, y no en la comunicación de hechos o situaciones, que es lo propio de la información. Ello es así, porque el propósito de este derecho no es estimular el debate público, sino proporcionar un recurso que haga posible la rectificación de informaciones inexactas o agraviantes; de lo contrario, su uso generalizado, incluso respecto de opiniones, podría actuar como un mecanismo perverso que inhiba el debate político, y que, para evitar el costo económico que impone el publicar la rectificación o la respuesta, obligue a los medios de comunicación a ser muy cautelosos en el tipo de mensajes que difunden.

En la medida en que el propósito de la Convención Americana es reconocer derechos y libertades a las personas, y no facultar a los Estados para hacerlo, interpretando la frase “en las condiciones que establezca la ley” utilizada por el artículo, 14 número 1, de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que esa frase atañe a

<sup>1063</sup> Cfr. TC 6/1988, también, TC 171 1990, 143/ 1991, y 15/1993.

la efectividad de ese derecho en el orden interno, pero no a su creación, existencia o exigibilidad en el ámbito internacional, y que la tesis según la cual dicha frase solamente facultaría a los Estados partes a “crear por ley” el derecho de rectificación o de respuesta, sin obligarlos a garantizarlo mientras su ordenamiento interno no lo regule, no se compadece ni con el sentido corriente de los términos empleados ni con el contexto de la Convención.<sup>1064</sup>

Por otra parte, debe observarse que el margen de discrecionalidad que tiene el Estado para establecer, mediante la ley, las condiciones en que puede exigirse el derecho de rectificación o de respuesta no es ilimitado. En primer lugar, el artículo 14, número 1, de la Convención, señala expresamente que la rectificación o la respuesta debe efectuarse por el mismo órgano de difusión que comunicó la información inexacta o agravante que genera el derecho de rectificación o de respuesta. En segundo lugar, en cuanto a su oportunidad, ella tiene que realizarse dentro de un plazo razonable después de haberse recibido la referida rectificación o respuesta; en principio, nos parece que el medio debe dar cabida a esa rectificación o respuesta en la edición o en el programa inmediatamente siguiente a la fecha en que haya sido recibida por el medio. Ni la extensión de esa rectificación o respuesta ni su ubicación en la programación del medio han sido reguladas por la Convención, y se han dejado al criterio del legislador nacional; sin embargo, nos parece que ambos aspectos deben responder apropiadamente al propósito de esta institución, brindando a la persona afectada condiciones de igualdad en cuanto a su cobertura y ubicación, y permitiéndole acceder a la misma audiencia que estuvo expuesta a la información inexacta o agravante. Lo que se requiere es que el impacto de la información inexacta o agravante pueda ser contrarrestado por la difusión, en condiciones de igualdad, de la rectificación o respuesta del afectado. En el caso de los medios escritos, ello supone considerar el despliegue y ubicación de la información inicial; en el caso de los medios radioeléctricos, el ejercicio efectivo de este derecho debe considerar el programa, el día de la semana, la hora en que se difundió dicha información, y la duración de la misma. Es decir, para

<sup>1064</sup> *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, párrafos 33 y 23.

que se asegure eficazmente este derecho, la ley debe asegurar la difusión adecuada de la rectificación o respuesta de que se trate.

Si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no contempla expresamente el derecho de rectificación o de respuesta, es interesante observar que este derecho ha encontrado cabida en la legislación española, que lo regula mediante una ley orgánica especialmente dictada para ese efecto.<sup>1065</sup> Según el artículo 1 de la ley que comentamos, toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación social, de hechos que la aludan, que considera inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio. De acuerdo con el artículo 2 de esta misma ley, el derecho se ejercitará mediante la remisión del escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de publicación o difusión de la información que se desea rectificar; la rectificación deberá limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar, y su extensión no excederá sustancialmente la de ésta, salvo que sea absolutamente necesario. El director del medio de comunicación deberá publicar o difundir íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, con relevancia semejante a aquella en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas. Si la información que se rectifica se difundió en una publicación cuya periodicidad no permite la divulgación de la rectificación en el plazo antes indicado, se publicará ésta en el número siguiente; si la noticia o información que se rectifica se difundió en un espacio radiofónico o de televisión que no permite, por la reciprocidad de la emisión, divulgar la rectificación en el plazo de tres días, el rectificante (*sic*) podrá exigir que se difunda en un espacio de audiencia y relevancia semejante, dentro de dicho plazo. El artículo 4 de esta ley indica que si la rectificación no se hubiera publicado o divulgado dentro de los plazos antes señalados, o si se ha publicado o divulgado sin respetar las normas antes referidas, o si el director del medio de comunicación ha informado que aquella rectificación no será difundida, dentro de los siete días siguientes, el perjudicado podrá ejercer la acción de rectificación ante el juez de primera instancia de su domicilio, o ante el del lugar donde tenga su domicilio la dirección

<sup>1065</sup> Cfr. la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Rectificación, núm. 2/1984, promulgada el 26 de marzo de 1984, y publicada en el *BOE* núm. 74, del 27 de marzo de 1984, con una corrección de errores publicada en el *BOE* núm. 90, del 14 de abril de 1984.

del medio de comunicación. El fallo se limitará a denegar la rectificación o a ordenar su publicación o difusión en la forma y plazos previstos en la ley, contados desde la notificación de la sentencia. Además, es importante hacer notar que el objeto de este proceso no es incompatible con el ejercicio de las acciones penales o civiles de otra naturaleza a que, como consecuencia de los hechos difundidos, pudiera tener derecho el perjudicado.

Un aspecto que no ha sido suficientemente analizado, y que plantea problemas difíciles de resolver, es el que se refiere a la forma de hacer efectivo este derecho en el caso de información inexacta o agravante difundida a través de páginas de Internet. Sin tener que invertir una cantidad considerable de dinero, cualquier persona puede crear una página web y difundir información en la red. Pero, por su propia naturaleza, no hay medios coactivos que permitan asegurar el ejercicio del derecho de rectificación o de respuesta en caso de que el responsable de una página web esté renuente a hacerlo; además, a diferencia de lo que sucede con la prensa y los medios de comunicación radioeléctricos, allí no hay un director responsable de la información que se difunde. Sin duda, éste es uno de los desafíos que tenemos por delante.

### *3. Las restricciones por vías o medios indirectos*

Desde luego, la censura previa no es la única forma de interferir con la libertad de expresión; ella impone condiciones para el ejercicio de la libertad de expresión, sin excluir el uso de otras condiciones igualmente inaceptables. En este sentido, el artículo 7o. de la Constitución mexicana, junto con prohibir la censura previa, también prohíbe que se exija fianza a los autores o impresores de un escrito. Pero la Constitución mexicana ha ido más allá, y, previendo la posibilidad de que las personas puedan sentirse inhibidas de ejercer este derecho por temor a sanciones posteriores, en su artículo 6o. dispone que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, salvo en los casos excepcionales que ella misma indica; esta garantía es complementada por el artículo 7o. de la misma Constitución, que señala que en ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito, y que, con el pretexto de un delito de prensa, no podrá privarse de su libertad a los expendedores, “papeleros”, operarios y demás empleados de

donde haya salido el escrito objeto de la denuncia, a menos que previamente se demuestre su responsabilidad.

La importancia de esta libertad hace necesario que ella se proteja no solamente de los ataques frontales del Estado, sino también de cualquier intento para restringirla en forma más sutil y subrepticia, utilizando premios o castigos. Por lo tanto, fuera de los propósitos taxativamente previstos en el artículo, 13 número 2, de la Convención Americana, que permiten restringir la libertad de expresión en las circunstancias allí señaladas, el artículo 13, número 3, de la misma Convención, prohíbe restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información, o por cualquier otro medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Si bien esta disposición parece estar referida fundamentalmente a las restricciones de que pueden ser objeto los medios de comunicación, tampoco se puede excluir su aplicación en aquellos casos en que por medios indirectos se impide a una persona transmitir un determinado mensaje; en este sentido, la Declaración de Windhoek menciona las frecuentes restricciones de visa que impiden el libre movimiento de periodistas.<sup>1066</sup> Asimismo, el uso de la propaganda oficial, distribuida en forma selectiva para favorecer a los medios de comunicación social ideológicamente cercanos al gobierno, o los mensajes subsidiados por el Estado, ya sean éstos de contenido político, religioso o de otro tipo, que discriminan a quienes tienen un punto de vista diferente, constituyen medios indirectos de interferir con el ejercicio de la libertad de expresión.

Sobre este particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información, difundida a través de cualquier medio de comunicación —ya sea oral, escrito, artístico, visual o electrónico— debe estar prohibida por la ley, y que la restricción en la circulación libre de ideas y opiniones, así como también la imposición

<sup>1066</sup> *Cfr.* el párrafo 6 de la Declaración adoptada el 3 de mayo de 1991, en el Seminario sobre la Promoción de una Prensa Pluralista e Independiente en África, celebrado con el patrocinio de la UNESCO en Windhoek, Namibia, del 29 de abril al 3 de mayo de 1991. La referida Declaración recibió el respaldo de la Conferencia General de la UNESCO, en su vigésimo sexta sesión, celebrada en 1991.

arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.<sup>1067</sup> La Comisión sostiene que, en la medida en que toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y en cualquier forma, la colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión.<sup>1068</sup> Asimismo, ella considera que el someter la libertad de información a condicionamientos previos, tales como los de veracidad, oportunidad o imparcialidad de la información, son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.<sup>1069</sup> Según la Comisión, la utilización del poder del Estado y de los recursos de la hacienda pública, la concesión de prebendas arancelarias, la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial o de créditos oficiales, o el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión con el objetivo de presionar y castigar, o de premiar y privilegiar, a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atentan contra la libertad de expresión, y deben estar expresamente prohibidos por la ley.<sup>1070</sup> Según la Comisión Interamericana, los mecanismos que se utilizan para coartar la libertad de expresión son muchos y variados, y ese abanico de opciones va desde el asesinato de periodistas hasta el uso de mecanismos más sofisticados, como el hostigamiento constante de los periodistas por medio de demandas judicia-

<sup>1067</sup> *Cfr.* la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108o. periodo de sesiones, celebrado en Washington, del 2 al 20 de octubre de 2000, párrafo 5 de la parte declarativa.

<sup>1068</sup> *Ibidem*, párrafo 6.

<sup>1069</sup> *Ibidem*, párrafo 7. *Cfr.*, también, el informe del relator para la libertad de expresión designado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que considera que las restricciones legales existentes en el continente son el principal obstáculo institucional para el pleno y efectivo reconocimiento de la libertad de expresión; entre estos obstáculos legales, el relator menciona la aceptación por parte de algunos Estados del concepto de información veraz, pues cualquier calificativo previo que se le imponga limita la cantidad de información protegida por este derecho. *Cfr.* el “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1999*, Washington, vol. III, 2000, pp. 16 y 29.

<sup>1070</sup> *Cfr.* la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108o. periodo de sesiones, celebrado en Washington, del 2 al 20 de octubre de 2000, párrafo 13 de la parte declarativa.

les, legislación restrictiva, o medidas de gobierno que ponen obstáculos innecesarios al ejercicio de la libertad de expresión.<sup>1071</sup>

La pretensión, formulada nada menos que en una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, de que en los medios de comunicación debe haber un equilibrio ideológico que asegure la participación de columnistas de distintas tendencias,<sup>1072</sup> puede considerarse un medio indirecto de restringir el ejercicio de la libertad de expresión. El mismo tribunal antes citado ha señalado que las tasas impositivas que se impongan a las empresas editoriales en igualdad de condiciones, o las normas sobre concesiones en el espacio radioeléctrico, no constituyen formas indirectas de restringir la libertad de expresión;<sup>1073</sup> sin embargo, en opinión de quien escribe estas líneas, la existencia de tasas impositivas iguales para todas las empresas periodísticas, pero más elevadas que las aplicables a otras actividades económicas, o la existencia de normas que confieren un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades encargadas de otorgar concesiones del espacio radioeléctrico, sí constituyen medios indirectos de restringir la libertad de expresión.

El efecto que tiene en el ejercicio de la libertad de expresión la existencia de monopolios que controlen los medios de comunicación tampoco ha escapado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Según la citada Comisión, la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas, por cuanto conspiran contra la democracia, al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos.<sup>1074</sup> Además, en lo que concierne a frecuencias radioeléctricas, la Comisión considera que las asignaciones de frecuencias para radio y televisión deben considerar criterios democráticos, que garanticen una

<sup>1071</sup> Cfr. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1998*, Washington, 1999, (*Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*), vol. III, p. 59.

<sup>1072</sup> 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.

<sup>1073</sup> *Idem.*

<sup>1074</sup> Cfr. la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108o. periodo de sesiones, celebrado en Washington, del 2 al 20 de octubre de 2000, Washington, párrafo 12 de la parte declarativa.

igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a las mismas.<sup>1075</sup>

De manera concordante con lo señalado por la Comisión Interamericana, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que la negativa a otorgar una licencia para transmisiones radioeléctricas constituye una interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión, y particularmente con el derecho a difundir informaciones e ideas.<sup>1076</sup> Pero, en un razonamiento que es igualmente pertinente respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, inicialmente, en el caso *Autronic AG*, la Corte Europea fue incluso más allá de lo manifestado por la Comisión Interamericana, indicando que no puede interpretarse que las licencias que pueda conferir el Estado respecto de las empresas de radio difusión, de cine, o de televisión, no estén sometidas a los requisitos señalados en el artículo 10, número 2, de la Convención (en cuanto a las formalidades y los propósitos de cualquier restricción a la libertad de expresión), pues una interpretación distinta conduciría a un resultado contrario al objeto y propósito del artículo 10 de la Convención Europea.<sup>1077</sup> Sin embargo, en una sentencia reciente de su Segunda Sección, la Corte Europea ha señalado que, mediante el sistema de licencias, los Estados están autorizados para organizar las transmisiones radioeléctricas en sus territorios, particularmente en sus aspectos técnicos, pero que la concesión o el rechazo de una licencia también pueden estar sujetos a otras consideraciones, incluyendo la naturaleza y los objetivos de la estación propuesta, su potencial audiencia, los derechos y las necesidades de una audiencia específica, y las obligaciones que derivan de los instrumentos internacionales; a juicio del tribunal, esto puede conducir a una interferencia con la libertad de expresión, cuyos propósitos serían legítimos según el primer párrafo del artículo 10 de la Convención Europea, “aunque no correspondan a ninguno de los objetivos establecidos en el párrafo 2”,<sup>1078</sup> no obstante lo anterior, la Corte ha indicado que la compatibilidad de tales interferencias con la Convención Europea debe, sin embargo,

<sup>1075</sup> *Idem.*

<sup>1076</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Demuth v. Switzerland*, sentencia del 5 de noviembre de 2002, párrafo 30.

<sup>1077</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Autronic AG v. Switzerland*, sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 52.

<sup>1078</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Demuth v. Switzerland*, sentencia del 5 de noviembre de 2002, párrafo 33.

evaluarse teniendo en consideración los otros requerimientos del párrafo 2 del artículo 10.<sup>1079</sup> En cualquier caso, es necesario subrayar que esa facultad de los Estados se limita a conceder licencias para las transmisiones radioeléctricas que se originan en el territorio de sus respectivos Estados, pero no para impedir la recepción de las transmisiones emitidas desde un tercer país; en tal sentido, el juez De Meyer ha sostenido que la facultad de los Estados se extiende a otorgar licencia para las transmisiones de radio y televisión, pero no para recibir dichas transmisiones, y que estas últimas sólo pueden ser objeto de interferencias en cuanto a la forma o a las circunstancias de dichas transmisiones, pero sólo en la medida en que cualquiera de ellas pueda dar origen a efectos perniciosos que hagan surgir la necesidad imperiosa de prevenirlos o eliminarlos.<sup>1080</sup>

En el caso *Ivcher Bronstein*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo una primera oportunidad de aplicar esta disposición de la Convención Americana, que prohíbe las restricciones de la libertad de expresión por vías o medios indirectos. La Corte dio por probado que en diciembre de 1984 el señor Baruch Ivcher Bronstein, un ciudadano de origen israelí, adquirió la nacionalidad peruana; se dio igualmente por probado que la legislación peruana vigente en 1997 disponía que para ser propietario de empresas concesionarias de canales televisivos se requería gozar de la nacionalidad peruana; asimismo, se dio por probado que a partir de 1986 el señor Ivcher era propietario de más del 53% de las acciones de la empresa operadora del canal 2 de la televisión peruana, del cual era director y presidente, y que como tal se encontraba facultado para tomar decisiones de tipo editorial respecto de la programación del canal 2. El 6 de abril de 1997, el mencionado canal transmitió un reportaje de interés nacional, denunciando las supuestas torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército en contra de la agente Leonor La Rosa y acerca del supuesto asesinato de la agente Mariela Barreto Riofano; posteriormente, el 13 de abril de 1997, se transmitió un reportaje sobre los supuestos ingresos millonarios percibidos por Vladimiro Montesinos Torres, asesor del Servicio de Inteligencia del Perú y hombre de confianza del entonces presidente de la República, Alberto Fujimori. Como consecuencia de los reportajes antes referidos, el señor

<sup>1079</sup> *Idem.*

<sup>1080</sup> *Cfr.* su voto concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Autronic AG v. Switzerland*, sentencia del 24 de abril de 1990.

Ivcher fue objeto de acciones intimidatorias que incluyeron la visita de miembros de la Dirección Nacional de Policía Fiscal para sugerirle que cambiara la línea informativa del canal 2, y la apertura de un proceso en su contra por parte de la Dirección Nacional de Policía Fiscal; además, las Fuerzas Armadas emitieron un comunicado oficial en el cual denunciaban al señor Ivcher por llevar a cabo una campaña difamatoria tendiente a desprestigiarlas. El mismo día en que se emitió el comunicado antes referido, el gobierno expidió un decreto que reglamentó la Ley de Nacionalidad y estableció la posibilidad de encararla a los peruanos naturalizados. Posteriormente, una resolución del director general de Migraciones y Naturalización dejó sin efecto el título de nacionalidad peruana expedido a favor del señor Ivcher. Un juez ordenó que se suspendiera el ejercicio de los derechos del señor Ivcher como accionista mayoritario del canal 2, revocando su nombramiento como director del mismo, y prohibiendo la transferencia de sus acciones. Los accionistas minoritarios del canal 2 asumieron el control del mismo, y a partir de ese momento se prohibió el ingreso al canal de los periodistas que laboraban en el programa Contrapunto, que había transmitido los reportajes antes mencionados, y se cambió la línea informativa del canal.<sup>1081</sup> En el contexto de los hechos antes referidos, la Corte Interamericana observó que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa Contrapunto del canal 2 de la televisión peruana;<sup>1082</sup> según la Corte, al separar al señor Ivcher del control del canal 2, y al excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática, en violación del artículo 13, números 1 y 3 de la Convención Americana.<sup>1083</sup>

El hostigamiento policial a que se puede someter a un medio de comunicación también fue examinado por la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso del periódico *Özgür Gündem*, el cual había sido alla-

<sup>1081</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú), sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafos 76 y 156 al 160.

<sup>1082</sup> *Ibidem*, párrafo 162.

<sup>1083</sup> *Ibidem*, párrafos 163 y 164.

nado por la policía, sus archivos y documentos habían sido requisados, y su personal había sido detenido, como resultado de lo cual las operaciones de producción del periódico se interrumpieron durante dos días. Según el tribunal, estos hechos constituían una grave interferencia con la libertad de expresión de los peticionarios, porque era desproporcionada para el legítimo propósito de prevenir el delito, y porque no se había proporcionado ninguna justificación para requisar los archivos, libros y documentos del periódico, ni tampoco respecto de una orden de detención en blanco, de todas las personas que se encontraran en el lugar, incluyendo el cocinero, el personal de aseo y el ingeniero de calefacción. A juicio de la Corte, no se demostró que ese allanamiento, en la forma que se condujo por las autoridades, haya sido necesario en una sociedad democrática, para la protección de un interés legítimo.<sup>1084</sup> En este mismo caso, en que el citado periódico había sido objeto de más de un centenar de procedimientos judiciales, particularmente por incitación a la violencia o por comentarios que podían exacerbar una situación de tensión ya existente, los peticionarios alegaron que el propósito del gobierno con esas acciones judiciales era impedir la producción y distribución del periódico. Según la Corte, como estas medidas están dirigidas en contra de un periódico, ellas deben ser examinadas a la luz del papel esencial que le corresponde a la prensa en cuanto a garantizar el adecuado funcionamiento de una democracia; en tal sentido, estima el tribunal que la posición dominante de las autoridades del Estado las obliga a desplegar mayor moderación al recurrir a procedimientos penales, pues las autoridades de un Estado democrático deben tolerar la crítica, incluso si ella es considerada como provocadora e insultante. Además, en el caso particular, se consideraba que esa crítica tenía un contenido fáctico y emocional, pero no ofensivo. Por consiguiente, la Corte concluyó que, a través de numerosos procedimientos penales y condenas por el contenido de algunas ediciones, que finalmente llevaron al cierre del periódico, el Estado le había impuesto medidas que eran desproporcionadas e injustificadas para proteger un propósito legítimo.<sup>1085</sup>

Por otra parte, la misma referencia que en el artículo 13 de la Convención Americana se hace al “abuso” de controles oficiales de frecuencias radioeléctricas asume que el Estado puede ejercer tales controles. De he-

<sup>1084</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, Case of Özgür Gündem v. Turkey, sentencia del 16 de marzo de 2000, párrafos 47, 48, 49, 50 y 71.

<sup>1085</sup> *Ibidem*, párrafos 51-54, 58, 60, 61, 63, 68 y 71.

cho, una supuesta escasez de frecuencias radioeléctricas lleva implícita una regulación de la radiodifusión por parte del Estado. En este sentido, el artículo 10, número 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone que la libertad de expresión no impedirá que los Estados puedan someter a licencias las transmisiones radiales o televisivas, o incluso la actividad de las empresas cinematográficas. Aunque en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no hay una disposición semejante, durante los trabajos preparatorios del mismo se propuso incorporar una referencia a la facultad del Estado para otorgar licencias para el uso de los medios técnicos de transmisión, con el propósito de evitar el caos en el uso de las frecuencias radioeléctricas; sin embargo, su inclusión fue rechazada, por considerar que podía ser utilizada para obstaculizar el ejercicio de la libertad de expresión, y porque, a juicio de los redactores del Pacto, su indicación expresa tampoco era necesaria, pues ya estaba cubierta por la referencia al orden público que se hace entre los motivos que permiten restringir la libertad de expresión.<sup>1086</sup> Pero es importante subrayar que este tipo de licencias no está prevista para controlar la información que se imparte ni para determinar qué programas resultan aceptables, sino para organizar la forma en que pueden operar aquellos medios que por sus características técnicas deben ser regulados. De manera que el Estado no puede someter a los medios radioeléctricos a un sistema de licencias dirigido a censurarlos, y a suprimir determinado tipo de informaciones o ideas. En la medida en que el uso de licencias implica una restricción de la libertad de expresión, para que sea legítima debe perseguir un fin legítimo, y debe someterse a las demás condiciones y requisitos que hacen que tales restricciones sean legítimas. En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la referencia que se hace en el artículo 10, número 1, de la Convención Europea, tiene el propósito de dejar en claro que el Estado puede controlar, mediante un sistema de licencias, las transmisiones radioeléctricas en su territorio, pero que eso no lo exime de cumplir con los requisitos del párrafo 2 del artículo 10.<sup>1087</sup> Hay que hacer notar que en este caso el gobierno de Suiza sostuvo que su utilización del sistema

<sup>1086</sup> *Cfr.* United Nations General Assembly, Doc. A/5000, del 5 de diciembre de 1961, párrafo 23.

<sup>1087</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Groppera Radio AG and others, sentencia del 22 de febrero de 1990, párrafo 61.

de licencias tenía el propósito de evitar el desorden en las comunicaciones y, en segundo lugar, proteger los derechos de otro, puesto que estaba dirigida a asegurar el pluralismo informativo, permitiendo una distribución equitativa de las frecuencias tanto a nivel nacional como internacional, lo cual fue aceptado por la Corte.<sup>1088</sup> Pero, como muy bien ha observado el juez De Meyer, la facultad que tienen los Estados de conferir licencias para el uso de medios radioeléctricos no implica la facultad de denegar a ciertos individuos el derecho de ejercer su libertad de expresión por algún medio radioeléctrico, o prohibir que determinados asuntos sean transmitidos o recibidos por ese medio.<sup>1089</sup>

Aunque en el caso *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH* los peticionarios alegaron que la negativa de las autoridades austriacas a otorgarles una licencia para operar una estación transmisora de televisión en el área de Viena violaba su libertad de expresión, la Corte Europea de Derechos Humanos recordó la disposición antes citada, según la cual era claro que los Estados estaban autorizados para regular, mediante un sistema de licencias, la forma en que las transmisiones radioeléctricas eran organizadas en sus territorios, particularmente en sus aspectos técnicos, pero también en relación con otras consideraciones, incluyendo la naturaleza y objetivos de la estación transmisora que se proponía, su potencial audiencia a nivel nacional, regional o local, los derechos y las necesidades de audiencias específicas, y las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales.<sup>1090</sup> Según la Corte Europea, esto podría conducir a interferencias cuyo objetivo sería legítimo de acuerdo con el párrafo 1o. del artículo 10 de la Convención, aunque no correspondiera a alguno de los propósitos señalados en el párrafo 2 del mismo artículo; pero la compatibilidad de tales interferencias con lo dispuesto por la Convención debe ser apreciada a la luz de los otros requerimientos que se indican precisamente en el párrafo 2 del artículo 10 de la Convención.<sup>1091</sup>

<sup>1088</sup> *Ibidem*, párrafos 69 y 70.

<sup>1089</sup> *Cfr.* su opinión disidente en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Grop-era Radio AG and others*, sentencia del 22 de febrero de 1990, párrafo I de su opinión disidente.

<sup>1090</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH v. Austria*, sentencia del 21 de septiembre de 2000, párrafo 25.

<sup>1091</sup> *Idem*.

Si bien no se le menciona expresamente, en el artículo 13, número 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos está latente que lo que se quiere evitar es el monopolio de la información, particularmente por el Estado. Sin embargo, en el caso de Austria, en que, debido a la ausencia de legislación relativa a la operación de estaciones transmisoras de televisión terrestre distintas de la Corporación de Radiodifusión Austriaca (ORF), los empresarios privados no estaban autorizados para operar estaciones terrestres de teledifusión (como alternativa a las transmisiones por satélite o a la televisión por cable), la Corte Europea de Derechos Humanos observó que gracias a las facultades de supervisión que se le confería a las autoridades sobre los medios de comunicación, el sistema monopólico que operaba en ese país estaba en capacidad de contribuir a la calidad y equilibrio de la programación, y era compatible con lo dispuesto por el artículo 10, número 1, de la Convención, sin perjuicio de que —en este caso— pudiera no satisfacer las condiciones del artículo 10, número 2, de la misma Convención.<sup>1092</sup> En respuesta al argumento del Estado, que alegaba la escasez de frecuencias debido a la situación topográfica de Austria, el tribunal europeo sostuvo que, como resultado del progreso técnico alcanzado en las últimas décadas, la justificación para el monopolio de televisoras nacionales, que restringe de manera tan trascendente la libertad de expresión, ya no puede encontrarse en consideraciones relativas al número de frecuencias y a canales disponibles.<sup>1093</sup> La Corte consideró, también, la necesidad de analizar si el hecho de permitir a los empresarios privados el acceso a las transmisiones por cable, mientras se reservaba para una corporación de derecho público la transmisión de televisión terrestre, proporcionaba una solución menos restrictiva que el monopolio absoluto de las transmisiones de televisión, de manera compatible con el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos; en este sentido, teniendo en cuenta que, según la información que se le había proporcionado, casi todas las viviendas que recibían la señal de televisión en Viena tenían la posibilidad de conectarse a la red de cables, el tribunal europeo aceptó que la televisión por cable ofrecía a las estaciones privadas una alternativa viable a las transmisiones de televisión terrestre, por lo que consideró que la interferencia con

<sup>1092</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, Case of Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH v. Austria, sentencia del 21 de septiembre de 2000, párrafo 25.

<sup>1093</sup> *Ibidem*, párrafo 38.

el derecho a impartir información, derivada de la imposibilidad de obtener una licencia para instalar estaciones de transmisión terrestre, no podía considerarse desproporcionada para los objetivos que perseguía la Ley Constitucional de Radiodifusión, tales como garantizar la imparcialidad y objetividad de los reportajes, y la diversidad de opiniones a través de una estación nacional.<sup>1094</sup> No obstante, el juez Bonello hizo notar el efecto que puede tener en el acceso a la información el que la misma sólo esté disponible para quienes disponen de recursos económicos; en este sentido, el juez antes citado expresó que si se hubiera demostrado que el costo de las transmisiones por cable era sustancialmente más oneroso que la televisión terrestre, ya sea para el transmisor o para el receptor, habría concluido que se estaba en presencia de una violación de la libertad de expresión.<sup>1095</sup> Según Bonello, entre los elementos constitutivos de la libre circulación de las ideas e informaciones había que mencionar, en forma destacada, el que nadie esté en desventaja (financiera o de otro tipo) para impartir o recibir informaciones o ideas y, en segundo lugar, que el efecto pernicioso del monopolio de un medio de comunicación sólo puede neutralizarse adecuadamente mediante la existencia de alternativas fácilmente accesibles, que no impongan una carga más pesada que la soportada por el monopolio.<sup>1096</sup>

Entre otros medios que pueden utilizarse para coartar la libertad de expresión, surtiendo el mismo efecto de la censura, puede citarse la expulsión de que fue objeto el 29 de noviembre de 1984 el corresponsal británico en Chile de la agencia UPI, Anthony Boadle, a quien se le atribuyeron inexactitudes en un artículo que en realidad él no había escrito; si bien días más tarde se le autorizó a regresar al país, no cabe duda que esa medida, sumada a las frecuentes llamadas que los corresponsales extranjeros recibían del Ministerio del Interior y de la Dirección de Comunicación Social sobre el contenido de las noticias que despachaban al exterior, tuvo un efecto intimidatorio no sólo sobre el señor Boadle, sino sobre todos los corresponsales extranjeros.<sup>1097</sup> Otras modalidades que

<sup>1094</sup> *Ibidem*, párrafo 40.

<sup>1095</sup> *Cfr.* su opinión concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, Case of Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH v. Austria, sentencia del 21 de septiembre de 2000.

<sup>1096</sup> *Idem*.

<sup>1097</sup> *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, Washington, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1985, p. 229.

pueden asumir estas restricciones —muchas de las cuales apuntan al contenido del mensaje— incluyen la prohibición de fundar nuevas publicaciones periodísticas, acciones judiciales en contra de los medios de comunicación, cancelación de la concesión de ondas para la operación de radioemisoras alegando anomalías administrativas, suspensión de los espacios informativos que se transmiten por radio o televisión, prohibición de publicar o difundir determinadas noticias o imágenes, prohibición de presentar cierto tipo de noticias en forma destacada, obligación de difundir sólo informaciones oficiales, estrictos controles sobre la importación y distribución de libros, prohibición de la circulación de determinados libros y publicaciones, y prohibición de la exhibición de determinadas películas.<sup>1098</sup>

Por otra parte, la libertad de expresión —en su sentido más amplio— puede verse afectada por normas que regulen la importación o exportación de material impreso o grabado, o por normas que regulen o impidan la distribución por correo de determinados objetos. Con frecuencia los gobiernos han hecho uso de esta posibilidad, y han recurrido al cierre de las fronteras estatales para impedir el ingreso de las publicaciones, películas, fotografías, música u otros productos procedentes del exterior. En un caso en que se objetaba una ley que prohibía la importación de libros y otros artículos obscenos o inmorales, dejando a la discreción del secretario del tesoro admitir los llamados libros clásicos o libros de reconocido mérito literario o científico únicamente cuando fueran importados con fines no comerciales, el juez William Douglas, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, observó que atar la censura al movimiento de la literatura o de las películas al comercio interestatal o al comercio exterior sería una forma muy fácil de obstaculizar la libertad de expresión.<sup>1099</sup> El efecto directo de una medida de esta naturaleza es tratar en forma discriminatoria un mismo mensaje, en función de su origen nacional o extranjero. En este mismo sentido, en el caso de una ley que permitía clasificar libros, revistas, películas, etcétera, como “propaganda política”, los jueces Blackmun, Brennan y Marshall, también de la Corte Suprema de los Estados Unidos, consideraron que ese esquema de clasificación restringía el discurso político por medios indirectos e inhibía la diseminación

<sup>1098</sup> *Ibidem*, pp. 220-230.

<sup>1099</sup> *Cfr.* su opinión disidente en *United States v. 12 200-ft. Reels of Film*, 413 U.S. 123 (1973).

de esos materiales, pues quienes desearan exhibir una película debían calcular el riesgo de ser asociados con la difusión de materiales clasificados como propaganda, y que ése es un riesgo demasiado grande para aquellos que deben responder ante la opinión pública; además, esa etiqueta oficial tiñe el mensaje de la película así clasificada, disminuyendo la credibilidad de sus espectadores.<sup>1100</sup> El escepticismo así generado produce, en la persona que desee exhibir esa película, una carga demasiado real y demasiado grande como para que pueda ser ignorada en términos prácticos, puesto que la libertad de expresión se ve coartada como resultado de la reacción del público y no de una restricción directa sobre el contenido del mensaje.<sup>1101</sup>

Aunque sin referirse a ella como un “medio indirecto” de restringir la libertad de expresión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el efecto que el asesinato de periodistas tiene en el ejercicio de esa libertad, y la responsabilidad que le cabe al Estado en cuanto a la investigación de esos hechos y la sanción de sus autores. Según la Comisión Interamericana, aunque no se haya determinado de manera definitiva y concluyente quién o quiénes fueron los autores intelectuales del crimen, si los hechos demuestran que la víctima fue asesinada por el contenido de sus artículos de prensa, la renuncia del Estado a una investigación completa y exhaustiva del asesinato de un periodista resulta especialmente grave por el impacto que tiene sobre la sociedad; ese tipo de hechos tienen un efecto amedrentador sobre otros periodistas, pero también sobre cualquier ciudadano, pues genera el miedo de denunciar los atropellos, abusos e ilícitos de todo tipo. Por consiguiente, la Comisión considera que la falta de investigación y sanción penal de los autores intelectuales del asesinato de un periodista conlleva la violación del derecho a informar y expresarse pública y libremente, y acarrea la responsabilidad internacional del Estado, por violación de la libertad de expresión, no solamente del periodista asesinado, sino del derecho de todos los ciudadanos a recibir información.<sup>1102</sup> A juicio de la Comisión, la libertad de expresión comprende la garantía del Estado para que el titular de ese derecho pueda expresarse y difundir sus ideas con libertad, así co-

<sup>1100</sup> *Cfr.* su opinión disidente en *Meese v. Keene*, 481 U.S. 465 (1987).

<sup>1101</sup> *Idem.*

<sup>1102</sup> *Cfr.* el Informe núm. 50/99, caso 11.739, Héctor Félix Miranda, México, del 13 de abril de 1999, párrafos 51, 52 y 56. *Cfr.* también el Informe 130/99, caso 11.740, Víctor Manuel Oropeza, México, del 19 de noviembre de 1999, párrafos 47, 53, 56-58 y 61.

mo el derecho de todo ciudadano de recibir dicha información sin interferencias ilegales o injustificadas.<sup>1103</sup> En tal sentido, junto con expresar su preocupación por el creciente número de periodistas asesinados como consecuencia del ejercicio de su profesión, la UNESCO ha recomendado a los Estados que adopten el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes contra las personas cuando éstos son perpetrados para impedir el ejercicio de la libertad de expresión, y que perfeccionen sus legislaciones para posibilitar el procesamiento y condena de los autores intelectuales de los asesinatos de quienes están ejerciendo el derecho a expresarse.<sup>1104</sup>

Una práctica igualmente preocupante, que inhibe la actividad de los periodistas y de los medios de comunicación, es la que se ha reflejado recientemente en las acciones concertadas de ciudadanos que aparentemente actúan en forma espontánea, sin obedecer instrucciones gubernamentales, y que han emprendido campañas de amedrentamiento dirigidas en contra de periodistas y de medios de comunicación particularmente críticos del gobierno, sin que éste haya adoptado las medidas indispensables para garantizar el ejercicio de la libertad de expresión. En el caso del periódico turco *Özgür Gündem*, se alegó, entre otras cosas, que éste había sido objeto de serios ataques y acosos de los cuales las autoridades turcas eran directa o indirectamente responsables, y que finalmente condujeron al cierre del citado periódico. En la denuncia que se introdujo ante la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, se hizo una detallada relación de los ataques de que fueron objeto los periodistas, los distribuidores del periódico y otras personas asociadas con él; entre esos incidentes se mencionaba a siete personas asesinadas por “desconocidos”, ataques incendiarios en contra de los kioscos que distribuían ese periódico, agresiones en contra de niños que vendían ese periódico, la desaparición de un periodista de dicho medio de comunicación, la explosión de una bomba en la sede del periódico que sucedió a *Özgür Gündem*, y las amenazas a los distribuidores y a los vendedores del periódico. A pesar de que los afectados denunciaron estos hechos ante las autoridades turcas, y a pesar de las numerosas solicitudes de protección que se dirigieron a las mismas, la mayor parte de ellas quedaron sin res-

<sup>1103</sup> Cfr. el Informe 130/99, caso 11.740, Víctor Manuel Oropeza, México, del 19 de noviembre de 1999, párrafo 53.

<sup>1104</sup> UNESCO, Resolución 120, del 12 de noviembre de 1997.

puesta.<sup>1105</sup> El informe elaborado por la entonces existente Comisión Europea de Derechos Humanos dio por establecido que había un alarmante patrón de agresiones a personas vinculadas con el periódico y que las autoridades turcas no habían adoptado las medidas necesarias para proteger a los afectados y para investigar esos ataques, ni habían cumplido con su obligación positiva de garantizar a los afectados su derecho a la libertad de expresión.<sup>1106</sup> En este mismo sentido, según los denunciantes, al estimular o al dar su aquiescencia en tales actos, que acosaban o intimidaban a los periodistas y a los distribuidores del periódico, y al no proporcionarles protección adecuada cuando sus vidas claramente estaban en peligro, directa o indirectamente, Turquía había buscado obstaculizar, impedir o hacer imposible la producción del periódico *Özgür Gündem*.<sup>1107</sup> La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que si bien el objeto esencial de muchas disposiciones de la Convención Europea es proteger al individuo en contra de la interferencia arbitraria de las autoridades públicas, también puede haber obligaciones positivas, inherentes al respeto efectivo de los derechos involucrados; según el tribunal, el ejercicio genuino y efectivo de esta libertad no depende simplemente del deber del Estado de no interferir, sino que puede requerir medidas positivas de protección, incluso en las relaciones entre particulares. Al determinar si esa obligación positiva existe, debe tenerse en consideración un adecuado equilibrio entre el interés general de la comunidad y el interés del individuo; a juicio de la Corte europea, el alcance de esta obligación variará, teniendo en cuenta la diversidad de situaciones que se presentan en cada país, las dificultades involucradas en el control policial de las sociedades modernas, y las elecciones que es necesario realizar en términos de los recursos disponibles y de las prioridades. En todo caso, esa obligación positiva no debe interpretarse de una manera que imponga a las autoridades del Estado una carga desproporcionada o imposible de realizar.<sup>1108</sup> En su sentencia, el tribunal europeo observó que en el presente caso las autoridades turcas estaban al tanto de la serie de actos violentos de que habían sido víctimas las personas asociadas con el periódico *Özgür Gündem*, quienes tenían haber sido señaladas como blanco deli-

<sup>1105</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, Case of *Özgür Gündem v. Turkey*, sentencia del 16 de marzo de 2000, párrafos 9, 11, 12, 13, 14, 15 y 16.

<sup>1106</sup> *Ibidem*, párrafo 38.

<sup>1107</sup> *Idem*.

<sup>1108</sup> *Ibidem*, párrafos 42 y 43.

berado, en un esfuerzo dirigido a impedir la publicación y distribución del periódico; sin embargo, no hubo una respuesta apropiada por parte del Estado. Teniendo en cuenta la seriedad de los ataques, de naturaleza reiterada y extendida, el gobierno turco no podía escudarse en las investigaciones emprendidas por algunos fiscales respecto de estos incidentes, las cuales no lograban desvirtuar el alegato de que esos ataques eran parte de una campaña concertada, apoyada o tolerada por las autoridades.<sup>1109</sup> En consecuencia, la Corte Europea concluyó que, en el presente caso, incluso si se hubiera probado que el *Özgür Gündem* era un instrumento de propaganda del Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK), el Estado estaba en el deber de investigar y protegerlo de la violencia ilegal e innecesaria; por lo tanto, el Estado no cumplió con su obligación positiva de proteger el periódico *Özgür Gündem* en el ejercicio de su libertad de expresión.<sup>1110</sup>

#### IV. LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN

Cuando uso una palabra, ella significa exactamente lo que decido que signifique; ni más, ni menos. La cuestión es quién es el que manda; eso es todo.

Llewis CARROLL, *Through the Looking Glass*.

Pero si bien la libertad de expresión está sujeta a numerosas restricciones, el sentido que puede darse a ellas mismas no tiene un alcance ilimitado. En los Principios de Siracusa<sup>1111</sup> se subraya que el alcance de las limitaciones o restricciones mencionadas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se puede interpretar de manera que menoscabe la esencia del derecho de que se trata; además, se agrega que di-

<sup>1109</sup> *Ibidem*, párrafo 44.

<sup>1110</sup> *Ibidem*, párrafos 45 y 46.

<sup>1111</sup> Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales.

chas cláusulas deben interpretarse estrictamente a favor de los derechos en cuestión, a la luz y en el contexto del referido derecho, y que ellas deben ser compatibles con los objetivos y propósitos del Pacto.<sup>1112</sup> A mayor abundamiento, se indica que tales restricciones no podrán ser interpretadas de manera que restrinja el ejercicio de derecho protegido en mayor grado que el permitido en virtud de otras obligaciones internacionales asumidas por el Estado.<sup>1113</sup> Es decir, los criterios que deben guiar la interpretación de las restricciones a la libertad de expresión deben inspirarse en la idea de asegurar el ejercicio de la esa libertad de una manera tan amplia como sea posible, y de coartarla o restringirla lo menos posible; en caso de duda, debe favorecerse la libertad, y no su restricción.

El artículo 29, letra a), de la Convención Americana, expresa que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados partes, o a algún grupo o a alguna persona, “suprimir” el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Además, Danilo Türk y Louis Joinet, relatores especiales de Naciones Unidas en el tema relativo a la libertad de opinión y de expresión, han sostenido que mientras los principios de la libertad de expresión deben interpretarse de manera muy amplia, las restricciones permitidas por el derecho deben interpretarse restrictivamente.<sup>1114</sup>

En cuanto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es importante tener muy presentes las normas de interpretación previstas en el artículo 29 de la misma, y que señalan que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que pueda

<sup>1112</sup> *Ibidem*, párrafos 2-5.

<sup>1113</sup> *Ibidem*, párrafo 14.

<sup>1114</sup> *Cfr.* E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Informe final preparado por Danilo Türk y Louis Joinet, relatores especiales, párrafo 20.

producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos de la misma naturaleza.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha entendido que las restricciones a la libertad de expresión, en cuanto pueden prestarse al abuso y servir para acallar ideas y opiniones impopulares que forman parte del debate necesario para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas, deben interpretarse restrictivamente.<sup>1115</sup> Asimismo, en lo que se refiere al artículo 11 de la Convención Americana, cuyo párrafo 2 señala, *inter alia*, que nadie puede ser objeto de ataques ilegales a su honra o reputación, la Comisión ha sostenido que éste no se puede interpretar de tal forma que resulte en una violación del artículo 13 de la Convención, que prohíbe la censura previa.<sup>1116</sup>

Por otra parte, según la Corte Interamericana, al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, el tribunal no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron.<sup>1117</sup>

## V. EL MARGEN DE APRECIACIÓN

Sin duda, las circunstancias previstas en los propios instrumentos internacionales de derechos humanos y que autorizan restringir la libertad de expresión, en particular la protección de los derechos de otros o la reputación de las personas, la protección de la seguridad nacional, del orden público, de la salud pública, o de la moral pública, contienen elementos subjetivos que impiden que ellos puedan ser interpretados de manera rígida e inflexible; en segundo lugar, tampoco debe perderse de vista que son las autoridades nacionales las que están en mejor capacidad de

<sup>1115</sup> *Cfr.*, en este sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 69/98, caso 11.803, Chile, Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, párrafo 79.

<sup>1116</sup> *Ibidem*, párrafo 81.

<sup>1117</sup> *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 42. *Cfr.*, también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú), sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 154.

evaluar, de manera inmediata y directa, la evidencia invocada para proceder a restringir la libertad de expresión, y para juzgar la necesidad de esas restricciones. Estas circunstancias han llevado a que, al ponderar la libertad de expresión con los bienes jurídicos antes mencionados, se reconozca a las autoridades nacionales, que deben considerar los intereses de la sociedad en su conjunto, un cierto margen de apreciación para determinar cuál de ellos debe prevalecer.<sup>1118</sup>

La esencia de esta doctrina indica que cuando en una situación de hecho hay distintas respuestas posibles por parte de las autoridades nacionales, los tribunales internacionales sólo intervendrán si esa decisión no puede justificarse razonablemente. Puesto de otra manera, esta doctrina (que a juicio de la Corte Europea es esencial en asuntos comerciales y en áreas tan complejas y fluctuantes como la relativa a la competencia desleal) permite que sean las autoridades del Estado las que, apreciando las circunstancias, determinen si se justifica o no —y en qué medida— una decisión que interfiera con el ejercicio de la libertad de expresión;<sup>1119</sup> en particular, el tribunal europeo ha sostenido que los Estados disfrutan de un cierto margen de apreciación al evaluar hasta qué punto una interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión es necesaria, teniendo en cuenta la elección razonable y apropiada de los medios utilizados para garantizar que actividades lícitas,<sup>1120</sup> incluyendo manifestaciones,<sup>1121</sup> puedan tener lugar pacíficamente. Además, las medidas que el Estado considere necesarias para salvaguardar esos otros intereses no responden a criterios preestablecidos, sino a lo que en ese momento el gobierno de ese Estado considera adecuado; en consecuencia, según la Corte Europea de Derechos Humanos, las autoridades nacionales deben disponer de un cierto margen de apreciación en cuanto a la determinación de la existencia de circunstancias que justifican restringir la libertad de expresión, y en cuanto a la necesidad de restringirla.<sup>1122</sup> A juicio del tribunal europeo,

<sup>1118</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 55.

<sup>1119</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jacobowski v. Germany*, sentencia del 26 de mayo de 1994, párrafo 26.

<sup>1120</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Steel and others v. The United Kingdom*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, párrafo 101.

<sup>1121</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Chorherr v. Austria*, sentencia del 25 de agosto de 1993, párrafo 31.

<sup>1122</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 50.

la percepción de lo que sería una respuesta apropiada a expresiones que no están protegidas por la Convención Europea, o que no pueden invocar su protección, puede diferir notablemente de un Estado a otro; por lo tanto, según esta doctrina, debe admitirse que las autoridades nacionales se encuentran mejor situadas para evaluar la situación, y deberían disponer de un amplio margen de apreciación.<sup>1123</sup> En este sentido, en relación con las razones que llevaron a las autoridades suizas a negar, en la forma solicitada, una licencia para transmitir un programa de televisión de automóviles, el tribunal europeo admitió que las opiniones podían diferir en cuanto a lo apropiado de la misma; pero, según la Corte, ella no podía sustituir su propia evaluación por esa de las autoridades nacionales que, sobre bases razonables, habían considerado que esa interferencia con la libertad de expresión era necesaria.<sup>1124</sup>

Así entendida, la doctrina del margen de apreciación ocupa un lugar destacado en el derecho de los derechos humanos, y permite reconciliar la protección de la libertad de expresión —así como de los derechos humanos en general— con las obligaciones y responsabilidades que tienen las autoridades nacionales para preservar los derechos e intereses de la sociedad en su conjunto.

En el caso *Wingrove v. The United Kingdom*, en que las autoridades del Estado rehusaron conceder un certificado de distribución a un vídeo considerado blasfemo que, en su opinión, presentaba de manera claramente provocativa e indecente un objeto de veneración religiosa, cuya divulgación sería lo suficientemente amplia como para ofender y atacar las creencias religiosas de los cristianos, la Corte Europea señaló algunos importantes elementos de la doctrina del margen de apreciación. Según la Corte, mientras hay poco espacio para restringir la libertad de expresión cuando se trata de mensajes de contenido político o de asuntos de interés público, generalmente los Estados disponen de un margen de apreciación más amplio cuando se trata de regular la libertad de expresión en relación con asuntos susceptibles de ofender las convicciones personales de otros, dentro de la esfera de la moral o de la religión; en opinión del tribunal, al igual que en el ámbito de la moral, y probablemente en una mayor extensión, no hay una concepción europea uniforme

<sup>1123</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, sentencia del 23 de junio de 1995, párrafo 48.

<sup>1124</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Demuth v. Switzerland*, sentencia del 5 de noviembre de 2002, párrafo 48.

de los requisitos de la protección de los derechos de otros en relación con los ataques a sus convicciones religiosas. De manera que lo que puede ofender profundamente a personas de una determinada persuasión religiosa variará de modo significativo de una época a otra, y de un lugar a otro, especialmente en una época caracterizada por un número siempre creciente de credos religiosos. La Corte está consciente de la amplitud de la noción de blasfemia, y del riesgo de que ésta sea invocada para restringir en forma arbitraria y excesiva la libertad de expresión; sin embargo, ella estima que, en razón de su contacto directo y permanente con las fuerzas vivas de sus respectivos países, las autoridades del Estado están, en principio, en una mejor posición que los tribunales internacionales para dar una opinión sobre el contenido exacto de los requerimientos relativos a los derechos de otros, así como a la necesidad de una restricción dirigida a proteger de ese material a aquellos cuyos sentimientos y convicciones podrían ser ofendidos.<sup>1125</sup> En opinión de la Corte, teniendo en cuenta las dificultades de proteger al público, las autoridades nacionales estaban en una mejor posición para evaluar el impacto probable de un vídeo considerado blasfemo.<sup>1126</sup>

Pero la doctrina del margen de apreciación, desarrollada por la hoy desaparecida Comisión y por la Corte Europea de Derechos Humanos, no confiere al Estado un margen de discreción ilimitado para decidir por sí mismo sobre la interpretación o aplicación de la Convención. De manera que, admitiendo que son las autoridades del Estado quienes han estado en una mejor posición para apreciar las circunstancias que las han impulsado a restringir la libertad de expresión, las instancias internacionales de supervisión, sin renunciar a sus funciones contraloras, han decidido examinar esa determinación inicial del Estado con cierta deferencia,<sup>1127</sup> y cuidando que ésta no sea excesiva; pero, en todo caso, siempre corresponde al Estado probar la necesidad y pertinencia de cualquier restricción a la libertad de expresión.<sup>1128</sup> En efecto, la Corte se ha reservado el derecho de emitir un dictamen final sobre la compatibilidad de cualquier medida adoptada por el Estado con el derecho a la libertad de ex-

<sup>1125</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wingrove v. The United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1996, párrafos 56 y 58.

<sup>1126</sup> *Ibidem*, párrafo 63.

<sup>1127</sup> *Cfr.*, por ejemplo, *European Court of Human Rights, Case of Müller and others*, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 32.

<sup>1128</sup> *Cfr.* . E/CN.4/1985/4, párrafo 12.

presión consagrado en el artículo 10 de la Convención,<sup>1129</sup> y ha sostenido que esa supervisión internacional ejercida por los órganos de la Convención Europea está referida tanto a la legislación nacional como a las decisiones que la aplican, incluso si ellas han sido adoptadas por un tribunal independiente.<sup>1130</sup> También hay que resaltar que, según el tribunal europeo, éste debe prestar especial atención a aquellos casos que involucran censura previa.<sup>1131</sup> En todo caso, al ejercer esta función supervisora, la tarea de la Corte no es tomar el lugar de las autoridades nacionales, sino revisar las decisiones que ellas han tomado de acuerdo con sus poderes de apreciación, y determinar, a la luz del artículo 10 de la Convención Europea, y teniendo en cuenta el caso como un todo, si las razones aducidas para justificar la interferencia objeto de la queja son relevantes y suficientes.<sup>1132</sup>

En sus decisiones más recientes, el tribunal europeo paulatinamente ha ido extendiendo su grado de control para hacerlo más efectivo, llegando a señalar que su supervisión no está limitada a establecer si el Estado ejerció su discreción de manera razonable, cuidadosa o de buena fe; en su opinión, lo que la Corte tiene que hacer es examinar la interferencia objeto del procedimiento ante ella a la luz del caso como un todo, determinar si ella es proporcionada y persigue un fin legítimo, y si las razones aducidas por las autoridades nacionales son relevantes y suficientes. Además, al cumplir con esta tarea, la Corte debe llegar a la convicción de que las autoridades nacionales aplicaron criterios compatibles con los principios contenidos en el artículo 10 de la Convención Europea, y que basaron sus decisiones en una apreciación aceptable de los hechos.<sup>1133</sup> Esta decisión de la Corte Europea reduce sustancialmente el margen de

<sup>1130</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Castells v. Spain*, sentencia del 23 de abril de 1992, párrafo 46.

<sup>1131</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos *Case of Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann*, sentencia del 20 de noviembre de 1989, párrafo 33. *Cfr.*, también, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 57 (ii).

<sup>1132</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wingrove v. The United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1996, párrafo 58.

<sup>1133</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Goodwin v. The United Kingdom*, sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 40.

<sup>1133</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Marônek v. Slovakia*, sentencia del 19 de abril de 2001, párrafo 53. También, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Vogt v. Germany*, sentencia del 26 de septiembre de 1995, párrafo 52.

apreciación de que actualmente disponen las autoridades nacionales, sometiéndolo a principios internacionales recogidos en la Convención, y a criterios subjetivos de razonabilidad, cuidado, buena fe, y de una apreciación aceptable de los hechos.

Por otra parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha restringido considerablemente el ámbito de aplicación de ese margen de apreciación en cuanto se refiere a los medios de comunicación de masas. En efecto, este tribunal ha sostenido que cuando está en juego la libertad de expresión, debido a su importancia, la supervisión internacional debe ser estricta, y la necesidad de cualquier restricción debe establecerse de manera convincente;<sup>1134</sup> en su opinión, ese margen de apreciación está circunscrito por el interés de una sociedad democrática en asegurar y mantener una prensa libre, que pueda ejercer su papel de “guardián de los asuntos públicos”,<sup>1135</sup> y que, por lo tanto, la Corte está autorizada para adoptar una decisión final sobre si una restricción de la libertad de expresión es compatible con los términos en que ésta se encuentra protegida por el artículo 10 de la Convención Europea.<sup>1136</sup> Además, en el caso *Jersild v. Denmark*, no obstante que los tribunales nacionales habían considerado cuidadosamente la responsabilidad de los comunicadores sociales acusados de difundir una entrevista con comentarios racistas, y a pesar de que las razones aducidas por los jueces nacionales para condenarlos eran relevantes, señalando que cuando es atacada la dignidad humana ésta tiene que ponerse en la balanza con la libertad de expresión, la Corte Europea hizo su propia apreciación de los intereses en conflicto, y rechazó el criterio adoptado por los tribunales nacionales, considerando que éstos no habían actuado dentro del margen de apreciación que se reconoce a las autoridades estatales.<sup>1137</sup> Según la Corte Europea, si bien los métodos para un reportaje objetivo y balanceado pueden variar considerablemente dependiendo, entre otras cosas, del medio en cuestión, no le corresponde a los tribunales —ya sean nacionales o internacionales—

<sup>1134</sup> *Cfr.* European Court of Human Rights, *Case of Müller and others*, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 50.

<sup>1135</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Bergens Tidende and others v. Norway*, sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 49. *Cfr.*, también, *Case of Goodwin v. The United Kingdom*, sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 40.

<sup>1136</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Rekvényi v. Hungary*, sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafo 42 (ii).

<sup>1137</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafos 31 y 33.

decidir sobre la técnica de reportaje que debería adoptarse por los periodistas.<sup>1138</sup> En virtud de estos principios, en el caso *Jersild v. Denmark*, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que, aunque la Corte Suprema de Dinamarca había sostenido que el valor noticioso o informativo del programa que en este caso se objetaba no justificaba la diseminación de las expresiones ofensivas allí contenidas, no había ninguna razón para poner en duda la apreciación que los encargados del programa *Revista Dominical de Noticias (Sunday News Magazine)* tenían sobre el valor informativo o noticioso del segmento que se impugnaba, y que sirvió de base para tomar la decisión de producirlo.<sup>1139</sup> En el mismo sentido, en un caso en el que se había negado la licencia requerida para transmitir un programa de televisión, la Corte señaló que, debido a la importancia de un debate libre y abierto en una sociedad democrática, en la que debe haber un libre flujo de información, la necesidad de cualquier interferencia con los mensajes de contenido político debe ser establecida de manera convincente.<sup>1140</sup>

Así entendida, la doctrina del margen de apreciación tiene el efecto de conferir una presunción de validez a las restricciones de la libertad de expresión adoptadas por el Estado que se fundan en alguno de los propósitos señalados por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Pero dicha presunción, que sin duda admite prueba en contrario, no tiene el efecto de invertir el peso de la prueba, liberando al Estado de la carga de demostrar la pertinencia de la referida restricción; como ya se señaló anteriormente, el Estado siempre tiene que probar tanto la necesidad como la pertinencia de cualquier restricción a la libertad de expresión. En este sentido, la doctrina del margen de apreciación difiere de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que confiere mucho peso a la determinación hecha por el Estado en cuanto al peligro que determinadas expresiones puedan significar para la paz y la seguridad del Estado, y que —a menos que se produzca prueba en contrario— presume

<sup>1138</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Bergens Tidende and others v. Norway*, sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 57. *Cfr.*, también, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafo 31.

<sup>1139</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafo 33.

<sup>1140</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Demuth v. Switzerland*, sentencia del 5 de noviembre de 2002, párrafo 40.

la validez de una norma que sobre esa base restrinja la libertad de expresión.<sup>1141</sup>

En tercer lugar, esta doctrina también debe asociarse con la interpretación y aplicación del derecho interno, particularmente en lo que se refiere a las restricciones que pueden afectar la libertad de expresión y que deben estar “previstas por la ley”; así lo ha sostenido la Corte Europea de Derechos Humanos, no obstante que esa interpretación pueda referirse a la existencia misma de la condición que comentamos, en el sentido de que la restricción de que se trate esté efectivamente prevista por la ley.<sup>1142</sup>

Sin embargo, teniendo en cuenta el papel que desempeña la libertad de expresión en una sociedad democrática, ese margen de apreciación sólo puede ejercerse dentro de límites muy precisos; en este sentido, el juez Martens ha hecho más explícito lo que ya había expresado la propia Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *Lingens*, *Oberschlick y Schwabe v. Austria*, señalando que donde esté en juego la libertad de expresión no se puede dejar a los tribunales nacionales un margen de apreciación que les permita evaluar las expresiones relevantes, y que es indispensable un control internacional, especialmente donde esté en juego la libertad para debatir públicamente sobre asuntos políticos. En su opinión, una noción equivocada de la libertad de expresión fácilmente conduce a una apreciación equivocada de las expresiones relevantes, particularmente por tribunales nacionales que se ven a sí mismos como censores morales incluso del debate público sobre asuntos políticos.<sup>1143</sup> En sintonía con el criterio antes expuesto, los jueces Palm, Pekkanen y Makarczyk —todos de la Corte Europea de Derechos Humanos—, han rechazado que las autoridades del Estado puedan ser competentes para decidir si un determinado mensaje es capaz de contribuir al debate público.<sup>1144</sup> Además, la Corte Europea ha señalado que el artículo 10, número 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos, le deja un margen muy reducido al Estado para restringir el debate sobre cuestiones de inte-

<sup>1141</sup> *Cfr.* *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

<sup>1142</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Müller and others*, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafos 44 y 45.

<sup>1143</sup> *Cfr.* su opinión concurrente en European Court of Human Rights, *Schwabe v. Austria*, judgment of 28 August 1992, párrafo 2 de la opinión concurrente.

<sup>1144</sup> *Cfr.* su opinión disidente en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 3 de la opinión disidente.

rés público, y que los límites de la crítica aceptable son más amplios con respecto al gobierno que en relación con un ciudadano privado o inclusive a un político; porque en un sistema democrático, las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas al examen riguroso no sólo de las autoridades legislativas y judiciales, sino también de la opinión pública.<sup>1145</sup> En este afán de poner límites al margen de apreciación del Estado, se ha sugerido que éste variará dependiendo de la naturaleza de la expresión; en este sentido, ese margen de apreciación será muy reducido cuando se pretenda interferir con mensajes de contenido político, pues de lo contrario esa interferencia podría conducir al deterioro de la democracia, y será correspondientemente más amplio cuando es la naturaleza misma del mensaje la que crea el peligro de debilitar la democracia.<sup>1146</sup> Asimismo, si bien la Corte ha admitido que el margen de apreciación es esencial en asuntos comerciales, especialmente en un área tan compleja y fluctuante como la competencia desleal, debe reducirse cuando lo que está en juego no es una afirmación puramente comercial de un individuo, sino su participación en un debate que afecta el interés general, como lo es la salud pública.<sup>1147</sup> Por consiguiente, dependiendo del contenido de la expresión, ese margen de apreciación que se le confiere al Estado es más amplio en unos casos que en otros y, en todo caso, no es el mismo respecto de cada una de las circunstancias que autorizan al Estado a restringir la libertad de expresión.

El tribunal europeo ha considerado que cuando los tribunales nacionales requieren probar la veracidad de lo afirmado y al mismo tiempo, privan a la persona afectada de una oportunidad efectiva para producir evidencia a favor de lo expresado por ella demostrando el carácter apropiado de sus comentarios, dichos tribunales nacionales están sobrepasando los límites del margen de apreciación que tradicionalmente se les ha reconocido.<sup>1148</sup>

<sup>1145</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 60.

<sup>1146</sup> *Cfr.*, en este sentido, la opinión parcialmente disidente de los jueces Wildhaber, Kuris, Stráznická, Baka y Traja, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999.

<sup>1147</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Hertel v. Switzerland*, sentencia del 25 de agosto de 1998, párrafo 47.

<sup>1148</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Jerusalem v. Austria*, sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 46.