

CAPÍTULO SEGUNDO

QUÉ ES LO QUE SE PROTEGE	95
I. El alcance de la libertad de expresión	99
1. La libertad de opinión	107
2. La libertad de expresión propiamente tal	111
3. La libertad de información	115
II. El contenido material de la expresión protegida	130
1. La expresión política	134
2. Los mensajes de contenido religioso	136
3. La expresión académica y científica	140
4. La expresión artística, la literatura y la poesía	145
5. La expresión comercial	147
6. Las expresiones de carácter residual	155
III. El sentido de lo que se protege	157
IV. El ámbito geográfico de su protección	160

CAPÍTULO SEGUNDO

QUÉ ES LO QUE SE PROTEGE

El dinero no es expresión

J. Skelly WRIGHT, respondiendo al argumento según el cual la regulación de los gastos electorales infringe la libertad de expresión.

El dinero puede “hablar”

Paul STEVENS, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *McIntyre v. Ohio Elections Commission*.

Según el Proyecto de Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, cuya primera fase está prevista para celebrarse en Ginebra, del 10 al 12 de diciembre de 2003, la comunicación es un proceso social fundamental, una necesidad humana básica, y el fundamento de toda organización social.²⁶⁰ En la actualidad, estamos entrando en una era que ofrece inmensas posibilidades para la comunicación y la difusión de ideas e informaciones de toda índole; pero, al mismo tiempo, los gobiernos no han renunciado a controlar ese flujo de ideas e informaciones ni a definir la expresión en los términos más estrictos posibles.

La expresión es, primordialmente, aquello que comunica una idea, una información, o un sentimiento; sin embargo, en el contexto de las relaciones sociales, el mensaje mismo es sólo una parte del proceso de comunicación. La expresión adquiere toda su significación en una relación de alteridad, como un elemento vital de un proceso de comunicación que

²⁶⁰ *Cfr.* documento WSIS/PC-3/DT/6 (Rev. 1)-S, del 19 de noviembre de 2003, párrafo 4.

requiere de dos sujetos: uno que comunica y otro que transmite el mensaje. En tal sentido, un diario de vida, que no está destinado a ser leído por terceros, si bien merece protección como parte del derecho a la intimidad, precisamente porque no tiene el propósito de comunicar ideas, informaciones o sentimientos, no es parte del objeto de protección de la libertad de expresión. Sobre este particular, Lawrence Tribe ha subrayado que la expresión sólo tiene valor en el contexto del diálogo o de la comunicación, en que los participantes buscan persuadir, o ser persuadidos, en cuanto a cambiar o mantener sus creencias, o en cuanto a tomar o negarse a tomar alguna acción sobre la base de esas creencias; pero no es posible invocar el derecho a usar de las palabras como proyectiles, en un proceso en el que no está involucrado ningún intercambio de ideas o puntos de vista.²⁶¹ Esta noción, que define la expresión como parte de un diálogo, se encuentra latente en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, en la que el tribunal identificó ciertas palabras como carentes de significado para la garantía constitucional de la libertad de expresión, puesto que ellas no formaban parte esencial de ninguna exposición de ideas, y porque el solo hecho de pronunciarlas causaba un daño, o tenía la tendencia de incitar a una inmediata alteración de la paz pública.²⁶² Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, y que comprende tanto el derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista como el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias; de manera que para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.²⁶³

La regla contenida en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al igual que las disposiciones similares contenidas en los artículos 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señalan el contenido esencial

²⁶¹ Cfr. *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, p. 837.

²⁶² Cfr. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

²⁶³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La última tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*), sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 66; cfr. también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ivcher Bronstein* (*Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú*), sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 148.

del derecho que nos ocupa, requieren dilucidar qué es lo que se protege, qué debe entenderse por “expresión”, cuál es el verdadero alcance con que tal concepto es utilizado, y cuál es el contenido y la naturaleza del mensaje que se protege.

Pero, además de definir lo que se entiende por “expresión” y el tipo de mensajes protegidos, determinar qué es lo que se protege también implica establecer quién es el titular del derecho que comentamos, y quién es el que asume las obligaciones correlativas. En lo que se refiere a la determinación del titular de la libertad de expresión, basta con recordar que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos se refieren a ella como un derecho de “toda persona”. Sobre este particular, la Corte Europea de Derechos Humanos ha observado que un funcionario público no se encuentra fuera del ámbito de los derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos, lo cual se vería confirmado por el artículo 11, número 2, de la citada Convención, que permite a los Estados imponer restricciones especiales al ejercicio de las libertades de reunión y de asociación por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía, o de la administración pública;²⁶⁴ asimismo, la Corte Europea ha sostenido que la libertad de expresión se aplica a los militares, del mismo modo como se aplica a cualquier otra persona que se encuentre dentro de la jurisdicción de los Estados partes en la Convención.²⁶⁵

En cuanto a quién es el que asume las obligaciones correlativas, parece innecesario insistir en que ésta es una libertad pública, y que, en cuanto tal, supone una libertad de restricciones o regulaciones estatales; en cuanto libertad que se ejerce en la esfera pública, ella implica para el Estado no sólo el deber de respetarla, sino también de garantizarla frente a terceros. Frente al individuo, quien asume las obligaciones correlativas es el Estado, y no otros individuos o corporaciones privadas; pero, entre esas obligaciones, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro tipo que sean indispensables para garantizar la libertad de expresión frente a terceros, y para asegurar que ella se pueda ejercer sin el riesgo de verse expuesto a represalias o a actos de discriminación. En tal sentido, es importante subrayar que la Corte Europea de Derechos

²⁶⁴ *Cfr.* Case of Wille v. Liechtenstein, sentencia del 28 de octubre de 1999, párrafo 41.

²⁶⁵ *Cfr.*, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria, 23 de noviembre de 1994, párrafo 36.

Humanos ha sostenido que el Estado tiene una “obligación positiva” de asegurar el disfrute de los derechos individuales.²⁶⁶

Sin embargo, la respuesta que se dé a las preguntas anteriores no agota el debate sobre el alcance de las obligaciones correlativas asumidas por el Estado, que tiene el deber de adoptar las medidas que sean indispensables para hacer efectivo este derecho, creando las condiciones para que toda persona pueda ejercerlo sin el temor de verse expuesta a sanciones, represalias o consecuencias perjudiciales de cualquier naturaleza. En este sentido, en su informe sobre Guatemala, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunció “el clima de inseguridad y terror que prevalece en el país, (y que) inhiben el ejercicio pleno de esas libertades debido a los riesgos que se crean para aquellos periodistas que desean ejercer su profesión libremente”.²⁶⁷ Posteriormente, en relación con este mismo país y en condiciones que continuaban siendo esencialmente las mismas, la Comisión concluyó que “si bien es difícil señalar responsabilidades directas en (una campaña de intimidación contra la prensa), entiende la Comisión que las autoridades del Estado, además de ofrecer la protección debida, deben denunciar y repudiar explícitamente dicha campaña, e investigar y castigar judicial o administrativamente a sus responsables”.²⁶⁸ Según la Comisión, es indispensable que todos los agentes del Estado cumplan con su deber de respetar la libertad de expresión, hacerla respetar, y brindar libre acceso a las fuentes de información.²⁶⁹ Es decir, la obligación asumida por el Estado comprende al menos dos elementos claramente diferenciados: a) la obligación de respetar la libertad de expresión, y b) la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio.

La libertad de expresión no se puede dissociar de la libertad de pensamiento. A fin de cuentas, lo que se trata de proteger, manteniéndolo fuera del control estatal, es la capacidad de la imaginación, el poder de la razón, y la fuerza del intelecto que pueda desplegar cada uno de nosotros.

²⁶⁶ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wilson & the National Union of Journalists, Palmer, Wyeth & the National of Rail, Maritime & Transport Workers, Doolan & others v. The United Kingdom*, sentencia del 2 de julio de 2002, párrafo 48.

²⁶⁷ Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala, Washington, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1981, p. 89.

²⁶⁸ Cuarto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, Washington, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1993, p. 87.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 88.

I. EL ALCANCE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Definir una libertad, como la libertad de expresión, releva de su responsabilidad a los redactores de tratados o de constituciones, a los legisladores o a los jueces. Porque, en último análisis, ésta es una tarea jurídica.

Jean MORANGE

Al especificar en qué consiste este derecho, la Declaración Universal señala que el mismo incluye cuatro ingredientes, los cuales son ratificados —en lo fundamental— por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos: a) el derecho a no ser molestado a causa de sus opiniones; b) el derecho de investigar (que en el lenguaje del Pacto y de la Convención Americana se traduce en “buscar” informaciones); c) el derecho de recibir informaciones y opiniones (“informaciones e ideas” en la Convención Europea, e “informaciones e ideas de toda índole” en el lenguaje de la Convención Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), y d) el derecho de difundir tales informaciones u opiniones (o ideas). Por el contrario, de manera bastante más restringida, el artículo 9 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos distingue entre el derecho de todo individuo a “recibir información” y su derecho a “expresar y diseminar sus opiniones” de acuerdo con la ley.²⁷⁰ De las disposiciones antes citadas resulta evidente que estamos en presencia de una libertad de contenido intelectual, que se manifiesta en una doble vertiente, según la naturaleza activa o pasiva de quien la ejerce.

Además de poner de relieve que la expresión tiene lugar en un contexto social, y que por lo tanto es una experiencia compartida, y no un proceso que se vive en forma aislada y solitaria, las disposiciones antes referidas destacan cuatro aspectos que permiten apreciar dos elementos fundamentales de la libertad de expresión, que merecen ser examinados

²⁷⁰ No obstante, es oportuno hacer notar que Danilo Türk y Louis Joinet han señalado que los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “parecen confirmar” que la palabra “información” se incorporó en el artículo 19 del Pacto sin examinar a fondo sus consecuencias, permitiendo que las dificultades que ella sugiere se hicieran evidentes más adelante. *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 12.

en forma separada: en primer lugar, la libertad de expresión propiamente tal, en cuanto vehículo para manifestar nuestras inquietudes, opiniones o ideas, y, en segundo término, la libertad de información, como medio para buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Sin embargo, Türk y Joinet han sugerido que la libertad de información se refiere únicamente a datos objetivos —no a construcciones mentales o juicios de valor—, y que, por lo tanto, se situaría fundamentalmente en el ámbito de la realidad objetiva, aunque admiten que la expresión de una “idea” puede contener importantes elementos de “información”, y viceversa.²⁷¹ De modo concordante con los autores antes citados, el Tribunal Constitucional español también ha distinguido dos “subespecies” de la libertad de expresión, que corresponderían a lo afirmado por aquéllos; la primera de estas “subespecies” de la libertad de expresión —a la cual podría denominarse la libertad de expresión propiamente tal o la libertad de opinión— configuraría la libertad de pensamiento o la libertad ideológica, mientras que la segunda estaría conformada por el derecho a la información, en su doble vertiente, que permite comunicarla y recibirla. Mientras en el primer caso el objeto de protección es la idea, en el segundo lo sería la noticia, o el dato. La libertad de expresión propiamente tal tendría por objeto pensamientos, ideas y opiniones, incluyendo los juicios de valor; por el contrario, el derecho a la información versaría sobre hechos noticiables.²⁷² En nuestra opinión, este punto de vista reduce notablemente los alcances de la libertad de información, en cuanto derecho que, según el texto del artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, permite buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin excluir, por ejemplo, el derecho de acceso a información de interés estrictamente personal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español admite que, aunque desde antiguo se ha intentado delimitar ambas libertades, debido a la íntima conexión que hay entre ellas, en la vida real no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a

²⁷¹ 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, párrafos 43 y 44.

²⁷² Cfr. la sentencia no. 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).

la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro, y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo.²⁷³ Pero el citado Tribunal ha subrayado la importancia que tiene, particularmente en caso de conflicto de la libertad de expresión con otros derechos, esclarecer cuál de ambos aspectos de la libertad de expresión ha sido el protagonista, porque las consecuencias serían muy diferentes en cada caso;²⁷⁴ de manera que, en caso de que ambas libertades se encuentren trenzadas inextricablemente, habría que atender al elemento que aparezca como preponderante. Es importante observar que la presencia independiente de estos dos elementos pone de relieve que lo que se protege no es solamente la fuente del mensaje, sino también el mensaje mismo.

Estos distintos elementos de la libertad de expresión se han recogido en algunas disposiciones constitucionales, como el artículo 5 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, que dispone que:

1. Todos tienen el derecho a expresar y difundir libremente su opinión por medio de la palabra, por escrito y por la imagen, y a informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio y cinematografía están garantizadas. No hay censura. 2. Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, las disposiciones legales adoptadas para protección de la juventud, y el derecho al honor personal. 3. El arte y la ciencia, y la investigación y la enseñanza son libres. La libertad de enseñanza no exime de la fidelidad a la Constitución.

En el mismo sentido, el artículo 19, número 12, de la Constitución de Chile consagra “la libertad de emitir opinión y la de informar”. Por su

²⁷³ 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).

²⁷⁴ 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). Si bien en esta decisión el Tribunal Constitucional está examinando no sólo la disposición constitucional que consagra la libertad de expresión (artículo 20), sino también el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, la mención que se hace a “consecuencias diferentes” en cada caso debe entenderse referida al texto constitucional, que en el caso de la libertad de información la sometería a una exigencia específica, relativa a la *veracidad* de la información. En efecto, el artículo 20, núm. 1, letra d), de la Constitución española reconoce el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”.

parte, el artículo 2, número 4, de la Constitución del Perú se refiere a “las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento”, y el artículo 20 de la Constitución de Colombia, a la libertad que tiene toda persona de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, así como la de informar y recibir información.

Por el contrario, estos dos aspectos de la libertad de expresión —expresión e información— han sido tratados de manera separada por los artículos 57 y 58 de la Constitución de Venezuela de 1999, sugiriendo incorrectamente que se trataría de dos derechos diferentes; curiosamente, el segundo párrafo del artículo 57 —relativo a la libertad de expresión propiamente tal—, que prohíbe la censura a los funcionarios públicos para dar cuenta de los asuntos bajo su responsabilidad, se refiere al deber de informar que recae sobre los funcionarios públicos, como contrapartida del derecho a la información que tiene toda persona, y que está regulado por el artículo 58 de la mencionada Constitución. En una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela se afirma que, en las disposiciones antes citadas, la Constitución establece dos derechos diferentes: la libertad de expresión y el derecho a la información; pero, curiosamente, algunos párrafos más adelante, esta sentencia identifica el derecho a la información con la libertad de expresión.²⁷⁵ Probablemente, esta confusión del texto constitucional venezolano encuentra su explicación en el propósito de establecer una distinción entre los derechos de la persona frente al Estado (artículo 57) y de sus derechos frente a los medios de comunicación, incluyendo aquí los derechos de réplica y de rectificación (artículo 58), no como una garantía del Estado, sino como un derecho del individuo frente a otros individuos que están en posesión de un medio de comunicación; en tal sentido, no es extraño que una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela se haya señalado que el artículo 58 de la Constitución se refiere exclusivamente “a la información de noticias” transmitida a la colectividad por los medios de comunicación social.²⁷⁶ En el fondo, los artículos 57 y 58 de la Constitución de

²⁷⁵ *Cfr.* Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Amparo Constitucional de Francisco Segundo Cabrera Bastardo c. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, sentencia del 27 de abril de 2001. *Cfr.*, también, 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.

²⁷⁶ *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.

Venezuela reflejan un esfuerzo infructuoso por distinguir entre las obligaciones asumidas por el Estado y las responsabilidades de los medios de comunicación, particularmente en lo que concierne a impartir información veraz. Sin embargo, el artículo 58 de la Constitución de Venezuela no puede obviar el sentido y alcance de la libertad de expresión en el derecho internacional, consagrada en tratados ratificados por Venezuela, y que comprende el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole; asimismo, no se puede ignorar que este derecho, que no es exclusivo de los medios de comunicación, incluye el derecho a buscar y recibir información de los órganos del Estado.

En el caso de la Constitución mexicana de 1917, también pareciera que se ha distinguido entre la libertad de opinión y la libertad de expresión en cuanto información. En efecto, el artículo 6o. dispone que “la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado”. Además, el artículo 7o. de la misma Constitución indica que

es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito. Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que, so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, “papeleros”, operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquellos.

Sin embargo, esta distinción es sólo aparente, pues, como se puede observar, no se trata de dos disposiciones que consagren derechos diferentes, sino de normas que se complementan mutuamente. Mientras el artículo 6o. se refiere a la “manifestación de las ideas” y al derecho a la información, como elementos de un mismo derecho, el artículo 7o. lo perfecciona, indicando algunas garantías adicionales de ese derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los términos del artículo 13 de la Convención

establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.²⁷⁷

A juicio de la Corte Interamericana, en su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos, así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. En consecuencia, para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena, o de la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia.²⁷⁸ Según la Corte, estas dos dimensiones de la libertad de expresión —la individual y la social— deben ser garantizadas simultáneamente; no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa, supuestamente destinado a eliminar informaciones que serían falsas a criterio del censor; pero tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e

²⁷⁷ 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 30. *Cfr.*, también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 64, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú), sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 146.

²⁷⁸ *Ibidem*, párrafo 32.

ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.²⁷⁹ Según la Corte, la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, la dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios; en este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.²⁸⁰ Con respecto a la segunda dimensión, la social, la Corte subraya que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas que, como tal, comprende el derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias; de manera que, para el ciudadano común, tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.²⁸¹ Ambas dimensiones de la libertad de expresión poseen igual importancia, y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a expresarse.²⁸² De manera congruente con lo sostenido por la Corte, en los casos recientes que le ha tocado conocer, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, “en el sentido amplio que le ha dado la jurisprudencia universal, el derecho a la libertad de expresión comprende en el presente caso la libertad que debía garantizar el Estado a Víctor Manuel Oropeza para que se pudiera expresar y difundir sus ideas, así como la libertad complementaria que tiene todo ciudadano de recibir dicha información sin interferencias ilegales o injustificadas”.²⁸³

²⁷⁹ *Ibidem*, párrafo 33.

²⁸⁰ *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 65.

²⁸¹ *Ibidem*, párrafo 65.

²⁸² *Ibidem*, párrafo 66.

²⁸³ *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 130/99, caso 11.740, Víctor Manuel Oropeza, México, adoptado el 19 de noviembre de 1999, párrafo 53.

Estos dos aspectos de la libertad de expresión difieren —si no en sus objetivos o propósitos— cuando menos en su contenido y características. Por ejemplo, la libertad de expresión propiamente tal es más amplia que la libertad de información; además, mientras la primera no puede ser objeto de constatación, la segunda, en principio, puede ser verificada. Pero, en todo caso, se trata de dos elementos que forman parte de un mismo derecho —la libertad de expresión en sentido amplio—, y que se complementan mutuamente; ninguno de ellos se puede garantizar al margen del otro sin que se les prive de contenido. El no entenderlo así puede conducir a soluciones tan incoherentes como las disposiciones sobre libertad de expresión y sobre el derecho a la información redactadas recientemente por la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela y aprobadas y promulgadas como parte del nuevo texto constitucional,²⁸⁴ que ignoran que el derecho a la información forma parte del contenido inherente a la libertad de expresión, y que, en cuanto se refiere a los medios de comunicación de masas, ignora que éstos son, sencillamente, uno de los instrumentos más eficaces de que nos podemos servir para ejercer nuestra libertad de expresión.

Por otra parte, es importante subrayar que ambas libertades —la de expresión propiamente tal y la de información— tienen como titular al ser humano como tal. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha rechazado la afirmación que considera que el artículo 20 de la Constitución española distingue entre un derecho para el común de los ciudadanos, que correspondería a la libertad de expresión propiamente tal, prevista en su apartado a), y otro para los profesionales de la comunicación, que correspondería a la libertad de información, prevista en su apartado d).²⁸⁵

²⁸⁴ Aprobado mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, y promulgado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela del 30 de diciembre de 1999. Hay una nueva versión, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, con fecha 24 de marzo de 2000, supuestamente por instrucciones de la Asamblea Nacional Constituyente (que ya había cumplido su cometido y que para esa fecha ya no estaba en funciones) en cuyo encabezado se indica que “se reimprime por error material del ente emisor”, y en la que se incluyen elementos que no fueron sometidos al referéndum del 15 de diciembre de 1999.

²⁸⁵ *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).

1. *La libertad de opinión*

Sólo existe una libertad: la de pensamiento.

Antoine de SAINT EXUPERY

Durante mucho tiempo se ha asumido que nuestras creencias o nuestros pensamientos son un santuario que el Estado no puede invadir; en este sentido, Voltaire afirmaba que, “de todos los pueblos civilizados de la antigüedad, ninguno cohibió la libertad de pensamiento”.²⁸⁶ Asimismo, Fichte invitaba al pueblo a sacrificarlo todo, menos la libertad de pensamiento, que identificaba con ese celeste santuario de la humanidad, que nos promete una suerte distinta que la de sufrir, soportar y ser aplastados;²⁸⁷ según Fichte, poder pensar libremente es la diferencia distintiva entre el entendimiento humano y el animal.²⁸⁸ Sin embargo, Fichte le reprochaba al príncipe su cinismo, al permitir lo que estaba fuera de su control, mientras prohibía aquello que le resultaba incómodo: “Nos permitís pensar porque no podéis impedirlo, pero nos prohibís comunicar nuestros pensamientos; no ponéis en cuestión nuestro derecho inalienable a pensar libremente, sino sólo a comunicar lo pensado libremente”.²⁸⁹ La libertad de opinión no es sino otra forma de describir lo que en algunos textos se ha identificado con la libertad ideológica.

Según Erich Fromm, nos sentimos orgullosos de no estar sujetos a ninguna autoridad externa, de ser libres de expresar nuestros pensamientos y emociones, y damos por supuesto que esta libertad garantiza —casi de manera automática— nuestra individualidad; pero el derecho de expresar nuestros pensamientos tiene algún significado sólo si somos capaces de tener pensamientos propios; porque la libertad de la autoridad exterior constituirá una victoria duradera solamente si las condiciones

²⁸⁶ *Tratado de la tolerancia*, título original *Traité sur la tolérance*, publicado originalmente en 1763, traducción de Carlos Chies, Barcelona, Crítica, 1999, p. 41.

²⁸⁷ *Cfr.* Gottlieb Fichte, Johann, “Reivindicación de la libertad de pensamiento: a los príncipes de Europa que hasta ahora la oprimieron”, en *Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos*, estudio preliminar y traducción de Faustino Oncina Coves, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 8 y ss.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 18.

²⁸⁹ *Ibidem*, p.19.

sicológicas íntimas son tales que nos permitan establecer una verdadera individualidad propia.²⁹⁰

Se ha sostenido que la libertad de expresión es una de las formas más elaboradas de la libertad de pensamiento, y que ella prolonga la libertad de conciencia.²⁹¹ A juicio de Oliver Wendell Holmes, siendo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, si hay un principio de la Constitución de los Estados Unidos que de manera imperativa clama por más respeto que cualquier otro principio, ese es el de la libertad de pensamiento; no la libertad de pensamiento para aquellos con quienes estamos de acuerdo, sino para los pensamientos que detestamos.²⁹² Esa convicción es la que desafía George Orwell en su célebre novela *1984*, y eso es, precisamente, lo que se ha querido preservar en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos.

Aunque incorporado en un mismo artículo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el derecho de toda persona a no ser “molestada” a causa de sus opiniones da la impresión que estuviera concebido como un derecho autónomo, distinto de la libertad de expresión; por otra parte, si bien ni la Convención Americana ni la Convención Europea señalan expresamente este primer elemento, ello parece estar implícito al indicar que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión”,²⁹³ lo que incluye expresar las opiniones, o que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión”, y que “este derecho incluye la libertad de sostener opiniones”.²⁹⁴ Similarmente, el artículo 9 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se refiere a la libertad de expresar opiniones. El artículo 5, letra d), inciso VIII, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, así como el artículo II, letra c), de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, se refieren conjuntamente a “la libertad de opinión y de expresión” como dos conceptos inseparables, que se funden en uno solo.

En cuanto a la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 12 de la misma garantiza al niño que esté en condiciones de formarse su

²⁹⁰ Cfr. Fromm, Erich, *El miedo a la libertad*, título original *Escape from freedom*, 1941, traducción de Gino Germani, Barcelona-Buenos Aires, Paidós, 1980, p. 266.

²⁹¹ Cfr., por ejemplo, Madiot, Yves, *Les droits de l'homme*, París, M. A. Éditions, 1987, p. 168.

²⁹² Cfr. su opinión disidente en *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929).

²⁹³ Artículo 10, parágrafo 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

²⁹⁴ Artículo 13, parágrafo 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

propio juicio “el derecho de expresar su opinión libremente” en todos los asuntos que le afecten; esta disposición se ve complementada por el artículo 13 de la misma Convención, que en lo fundamental reproduce el texto del artículo 19 del Pacto. Pero en este caso “la edad y madurez del niño”, así como “la evolución de sus facultades”, confieren a las opiniones del niño un carácter relativo, que permiten —a quienes estén al cuidado de su formación— orientarlo en las esferas que dicen relación con su pensamiento, su conciencia, o su religión.

El pensamiento, o la capacidad de reflexionar y discernir entre distintas opciones, es precisamente lo que distingue al hombre de los animales; pero, siendo el hombre un ser sociable, la libertad de pensamiento no basta por sí sola, y requiere la posibilidad de transmitir ese pensamiento y compartirlo con otros. Del hecho natural e inevitable de pensar, se ha deducido, como consecuencia lógica, el derecho a expresarse; en este sentido, Badeni ha observado que el pensamiento se produce en el ámbito más íntimo del hombre y que es esencialmente libre, pues no hay ley humana ni procedimiento técnico que impida su formación y desarrollo; en su opinión, se podrá influir sobre el contenido del pensamiento o sobre su proceso formativo, respecto de cuestiones determinadas, pero no se puede impedir que el hombre piense; se puede restringir la exteriorización del pensamiento o imponer cierto tipo de requisitos para la manifestación social de la actividad intelectual del hombre, pero no se puede evitar que en lo más íntimo de su ser subsista incólume la libertad de pensar.²⁹⁵ Porque si bien el pensamiento y las ideas son el fruto de la conciencia individual, la expresión es la exteriorización de ese pensamiento; es hacerlo conocido; es comunicarlo a un tercero, o a muchos. Es evidente que tal derecho carecería de sentido si, en el ejercicio del mismo su titular pudiera verse sometido a algún tipo de trabas o molestias.

Sin embargo, la distinción que hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entre el derecho de toda persona a no ser molestanda a causa de sus “opiniones” y el derecho a la libertad de “pensamiento”, conciencia y religión —previsto en el artículo 18 del mismo Pacto—, sugiere la necesidad de explorar si estas dos disposiciones reiteran esencialmente la misma idea, o si, por el contrario, reflejan una diferencia de contenido; pero aunque la frontera entre estos dos conceptos

²⁹⁵ Cfr. Badén, Gregorio, *Libertad de prensa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 16.

pueda ser muy borrosa, se ha sugerido que la opinión se acerca más a las convicciones políticas, mientras que el pensamiento estaría más cerca de la religión u otro tipo de creencias.²⁹⁶ En este sentido, es importante observar que en la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven²⁹⁷ se hace una diferencia entre estos dos conceptos que se aproxima sensiblemente a lo sostenido previamente. En efecto, mientras que la libertad de opinión se consagra en el artículo 5, junto con la libertad de pensamiento, conciencia y religión, los otros elementos de la libertad de expresión se desarrollan en el artículo 2 de la ya citada Declaración. Algo semejante ocurre con la Constitución española que, además de la garantía de la libertad de expresión —contemplada en el artículo 20 de la misma— en su artículo 16 garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, sin más limitación en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, y disponiendo que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, su religión o sus creencias. Examinando la relación entre ambos derechos, el Tribunal Constitucional español ha observado que si bien la libertad ideológica no puede entenderse como simplemente absorbida por la libertad de expresión, ella no puede tener un tratamiento autónomo, puesto que su ejercicio se concreta precisamente en las críticas vertidas en ejercicio de las libertades de expresión e información.²⁹⁸

La jurisprudencia de los tribunales internacionales no ha sido indiferente a la importancia de la libertad de opinión. En el caso *Lingens*, la Corte Europea de Derechos Humanos distinguió claramente entre el derecho de los periodistas a difundir informaciones, y, por otra parte, la libertad de opinión y el derecho de comunicar ideas; la Corte se sintió forzada a realizar esta distinción, en un caso en que un periodista podía ser condenado por difamación, aunque demostrara que sus declaraciones eran ciertas, lo cual resultaba ilógico respecto de los juicios de valor, pues menoscababa la libertad de emitir opiniones, en cuanto elemento

²⁹⁶ *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 10.

²⁹⁷ Resolución 44/144, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 1985.

²⁹⁸ *Cfr.* la sentencia núm. 173/1995, del 21 de noviembre de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 2339/1994, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 28 de diciembre de 1995, núm. 310 (suplemento).

fundamental del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.²⁹⁹ Según el tribunal europeo, la función de la prensa no es solamente impartir información, sino también ideas.³⁰⁰ En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado la interdependencia que existe entre la expresión y la difusión del pensamiento y de la información como elementos indivisibles.³⁰¹

Por otra parte, es importante subrayar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos confiere carácter absoluto e intangible a la libertad de opinión, como primer elemento de la libertad de expresión, lo cual contrasta con el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, que no tiene el mismo carácter. En efecto, para el Comité de Derechos Humanos, “se trata de un derecho para el que el Pacto no admite excepciones ni restricciones”.³⁰² Por el contrario, Türk y Joinet consideran que el carácter absoluto de la libertad de pensamiento no resulta evidente en los instrumentos regionales de derechos humanos.³⁰³

2. La libertad de expresión propiamente tal

Es por la gracia de Dios que, en nuestro país, tenemos esas tres preciosas cosas impronunciables: libertad de expresión, libertad de conciencia, y prudencia para nunca practicarlas.

Mark TWAIN, en *Following the Equator*.

El derecho de transmitir nuestras opiniones, ya sea de palabra o por escrito, es, sin duda, el aspecto que ha recibido mayor atención por parte

²⁹⁹ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Lingens, sentencia del 8 de julio de 1986, párrafo 43.

³⁰⁰ *Ibidem*, párrafo 41.

³⁰¹ 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 31.

³⁰² “Observaciones generales formuladas con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto”, Observación general 10, párrafo 1, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Suplemento núm. 40 (A/38/40), Nueva York, Naciones Unidas, 1983, p. 111.

³⁰³ 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 40.

de la doctrina, y que ha sido examinado con mayor detenimiento, poniendo el énfasis en el derecho que tiene el sujeto activo del mensaje a manifestar sus opiniones, ideas o pensamientos. Efectivamente, la concepción clásica de la libertad de expresión subraya precisamente este elemento, prestando escasa atención a la audiencia, en cuanto ésta, aunque desde otra perspectiva, también es titular del mismo derecho. Desde un primer momento, la importancia de esta libertad se asoció a las convicciones personales, con mucha frecuencia manifestadas a riesgo de tener que pagar un precio muy alto (sin excluir la vida misma), pero sin subrayar suficientemente el interés que para los demás miembros del cuerpo social puede tener el poder conocerlas. En este sentido, debe recordarse que lo que protege el artículo 6o. de la Constitución de México es la manifestación de las ideas.

Según el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, destacando la diferencia que existe entre dos aspectos estrechamente relacionados, y en donde el segundo se convierte en un vehículo para la manifestación y expresión del primero. Se trata de una libertad espiritual cuyo propósito es proteger tanto el pensamiento como su manifestación. Pero si bien se ha distinguido entre estas dos facetas, la verdadera importancia del derecho que comentamos no radica en la facultad de tener las opiniones que nos parezca conveniente (sin llegar a expresarlas y divulgarlas), sino precisamente en la posibilidad de exteriorizarlas, poder manifestarlas y transmitir las a otras personas, y muy especialmente a aquellas que puedan tener un punto de vista diferente al nuestro.

Como ya hemos tenido oportunidad de examinar en la sección anterior, esta distinción —entre la opinión y la expresión— ha sido recogida por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que distinguen entre la libertad de “pensamiento” y de expresión. Aunque, probablemente con mayor precisión, pero borrando la distinción anterior, el Pacto sostiene que nadie podrá ser “molestado a causa de sus opiniones” (lo cual, a menos que exista una policía de los pensamientos, resulta difícil si ellas no son conocidas), y que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; en el mismo sentido, el texto de la Convención Europea —que no consagra la libertad de opinión en forma independiente de la libertad de expresión— indica

que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de “sostener” opiniones.

Pero es importante tener presente que esta libertad implica no solamente el derecho a sostener nuestras propias ideas y puntos de vista, sino también el derecho a no vernos forzados a transmitir o expresar aquellas ideas que repudiamos. En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha rechazado que se pueda obligar a los escolares a saludar la bandera y mostrar respeto por ella, puesto que forzar a alguien a expresar un determinado punto de vista es tan ofensivo como prohibirle que lo exprese,³⁰⁴ a juicio del citado tribunal, tampoco se puede obligar a un individuo a desplegar, en su persona o en su propiedad, un mensaje propiciando la adhesión a un punto de vista ideológico que esa persona considera inaceptable,³⁰⁵ ni se puede forzar a un periódico a imprimir una historia que no desea.³⁰⁶ En opinión de este alto tribunal, la libertad de expresión incluye tanto el derecho de hablar libremente como el derecho de abstenerse de hacerlo, y ambos elementos son componentes complementarios del más amplio concepto de la libertad de la mente individual; según la Corte, aunque obligar a saludar la bandera constituye un acto afirmativo que infringe más seriamente nuestra libertad personal que el acto pasivo de portar una placa de carro con el lema del estado, la diferencia es esencialmente de grado.³⁰⁷ Por consiguiente, en el caso de una ley que requería desplegar el lema del estado de New Hampshire —“Live Free or Die”—, en las placas de los carros, y que además tipificaba como delito el cubrir ese lema —la cual fue impugnada por un testigo de Jehová que rehusó anunciar un *slogan* que le parecía moral, ética, religiosa y políticamente aborrecible—, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que una medida que obliga a un individuo —como parte de su vida diaria, y mientras su automóvil esté a la vista del público— a servir de instrumento para propiciar la adhesión pública a un punto de vista ideológico que considera inaceptable, invade la esfera intelectual y espiritual que con la garantía de la libertad de expresión se pretende ex-

³⁰⁴ Cfr. *West Virginia v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

³⁰⁵ Cfr. *Wooley v. Maynard*, 403 U.S. 705 (1977). En el presente caso, la Corte declaró inconstitucional el requerimiento de que las placas de los carros debieran llevar el lema del estado de New Hampshire, “Live Free or Die”.

³⁰⁶ Cfr. *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

³⁰⁷ Cfr. *Wooley v. Maynard*, 403 U.S. 705 (1977).

cluir del control estatal.³⁰⁸ En opinión del tribunal, si bien el Estado tiene derecho a comunicar a otros un punto de vista oficial en cuanto a la apreciación de la historia o al orgullo de ser natural de ese estado, no puede pretender diseminar un mensaje ideológico, aunque éste sea ampliamente compartido por la población, si con ello se está infringiendo la garantía de la libertad de expresión de quien debe actuar como correo para transmitir ese mensaje.³⁰⁹ Para la Corte, no ha pasado desapercibido que algunos estados requieren que ciertos documentos lleven el sello del estado, el cual puede contener un símbolo o un lema con implicaciones políticas o filosóficas, pero observa que el propósito de ese sello no es anunciar el mensaje que lleva inscrito, sino simplemente, autenticar el documento mostrando la autoridad de su origen; en el mismo sentido, respecto del lema inscrito en los billetes y monedas de los Estados Unidos —“In God We Trust”—, la Corte ha señalado que, aunque el dinero circula de mano en mano, generalmente se lleva en una cartera, y no tiene que ser exhibido al público anunciando ese *slogan*, por lo que difiere notablemente de un automóvil, que inmediatamente se relaciona con quien lo conduce.³¹⁰

Por otra parte, a juicio de Lawrence Tribe, que el Estado gaste el dinero de los impuestos para difundir sus propios mensajes, haciendo que indirectamente sean los contribuyentes quienes paguen por ellos y forzando a algunos ciudadanos a decir lo que no desean, es un argumento que probablemente se consideraría irrelevante; en su opinión, muchos mensajes del gobierno son absolutamente inobjektivos desde un punto de vista constitucional, independientemente de su fuerte contenido político y de su carácter persuasivo.³¹¹ Pero en una sociedad democrática, en la cual se espera que la acción del gobierno esté orientada en función del interés general y no de un determinado sector social, obviamente, no cualquier mensaje gubernamental puede estar permitido.

Este elemento ocupa un lugar central en la arquitectura de la libertad de expresión, dando origen a una muy rica jurisprudencia, y es el que, en las páginas que siguen, ocupará la mayor parte de nuestra atención.

³⁰⁸ *Idem.*

³⁰⁹ *Idem.*

³¹⁰ *Idem.*

³¹¹ *Cfr. American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, pp. 807 y ss.

3. *La libertad de información*

La Ley de Libertad de Información es el Taj Mahal de la doctrina de las consecuencias no previstas; es la Capilla Sixtina del ignorado análisis de costos y beneficios.

Antonin SCALIA, en las audiencias para su designación como juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Un aspecto menos explorado de la libertad de expresión —aunque no por eso menos importante— es el relativo a la libertad de información. La experiencia demuestra que si no hay información no hay democracia; por el contrario, esa misma experiencia nos enseña que la democracia se fortalece con la información libre y plural.

Esta libertad no es un subproducto de la libertad de expresión, sino uno de sus elementos fundamentales que debido al desarrollo científico y tecnológico, y a las transformaciones experimentadas por la sociedad, ha crecido y ha adquirido una importancia tan destacada, que con frecuencia se le presenta como si fuera un derecho autónomo y distinto de la libertad de expresión de que forma parte; en tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de ese país, a partir de los artículos 57 y 58 de la Constitución de Venezuela, que consagran la libertad de expresión y el derecho a la información en forma separada, ha sostenido que la información es un derivado de la libertad de expresión, pero con especificidad y autonomía propia.³¹²

Más que una libertad, éste es un derecho que concierne no sólo al sujeto activo del mismo, que transmite información o que la busca, sino también al sujeto pasivo, que es el que la recibe. Porque si bien el debate público debe ser amplio, robusto y desinhibido, también debe estar basado en la información necesaria para que sea un debate inteligente y tenga sentido. La importancia política y práctica de esta dimensión de la libertad de expresión ha sido subrayada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando que es posible afirmar que una sociedad que

³¹² 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.

no esté bien informada no es plenamente libre.³¹³ Sobre este particular, Lawrence Tribe ha observado que el gobierno puede influir en la opinión pública tanto por lo que dice como por lo que no dice, como se refleja de la experiencia del incidente del Golfo de Tonkin, de los papeles del Pentágono, del caso Watergate, o del escándalo Irán-Contra, en todos los cuales quedó de manifiesto que no puede haber un debate informado si el gobierno revela sólo trozos de información previamente escogida, y a veces distorsionada o falseada.³¹⁴

Pero no es fácil trazar una línea fronteriza suficientemente nítida entre la expresión propiamente tal y la información entendida en el sentido amplio que se le ha atribuido. Según el Tribunal Constitucional español, los conceptos “información” y “opinión” aparecen frecuentemente entremezclados en la realidad social, sin que pueda establecerse una separación tajante entre ellos.³¹⁵

Entre los antecedentes de este derecho, hay que mencionar que, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, e incluso mucho antes de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Organización de Naciones Unidas brindó gran atención a la libertad de información. En este sentido, la Asamblea General sostuvo —en su primera sesión— que la libertad de información es un derecho humano fundamental y que es la piedra de toque de todas las otras libertades a las cuales la Organización de Naciones Unidas está consagrada;³¹⁶ esa misma resolución autorizó la celebración de una Conferencia de Naciones Unidas sobre la libertad de información, la cual finalmente tuvo lugar en la ciudad de Ginebra, entre el 23 de marzo y el 21 de abril de 1948. Asimismo, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas decidió, en su primera sesión, en 1947, establecer una Subcomisión sobre libertad de información y de prensa,³¹⁷ la que sin embargo no llegó a constituirse, pues no se designó a sus integrantes. Además, el 1 de agosto de 1956, el

³¹³ 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 70.

³¹⁴ Cfr. *American Constitutional Law*, 2a.ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, p. 813.

³¹⁵ Cfr. la sentencia núm. 173/1995, del 21 de noviembre de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 2339/1994, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 28 de diciembre de 1995, núm. 310 (suplemento).

³¹⁶ Resolución 59 (I), del 14 de diciembre de 1946.

³¹⁷ Cfr. E/259, p. 4.

Consejo Económico y Social de la ONU adoptó su resolución 624 B (XXII), que establecen un sistema de informes periódicos sobre desarrollos en la esfera de los derechos humanos, los cuales debían presentarse cada tres años; destacando la importancia que se le ha atribuido a la libertad de información, en 1965, mediante la resolución 1074 C (XXXIX), este sistema fue reformado, y se decidió que los informes debían presentarse por partes, en un ciclo continuo de tres años, en el que el primer año había que informar sobre derechos civiles y políticos; en el segundo, sobre derechos económicos, sociales y culturales, y en el tercer año correspondía informar sobre el derecho a la información. Este sistema fue nuevamente modificado en junio de 1971, mediante la resolución 1596 (L), disponiendo que esos informes debían presentarse cada dos años, en un ciclo continuo idéntico al anterior, en el que el primer informe sobre libertad de información debió presentarse en 1976.

En un primer momento, las distintas instancias de la ONU mostraron un decidido interés por que se aprobaran “una o más convenciones encaminadas a asegurar en el mundo la libertad de información”, por lo que la Asamblea General designó a una comisión encargada de preparar un proyecto de convención sobre libertad de información, tomando en consideración el proyecto elaborado por la conferencia de Naciones Unidas celebrada en marzo y abril de 1948, y recomendó al Consejo Económico y Social convocar a una conferencia de plenipotenciarios, a reunirse a más tardar el 1 de febrero de 1952, con el propósito de preparar y firmar una Convención sobre Libertad de Información.³¹⁸ De esa conferencia surgió, entre otras cosas, el proyecto de Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación,³¹⁹ y un proyecto de Convención sobre Libertad de Información; pero hasta la fecha, no obstante el interés mostrado inicialmente por la ONU en lo que se refiere a la libertad de información, éste no se ha traducido en la adopción de una convención que se ocupe específicamente de esta materia. El proyecto de Convención sobre Libertad de Información elaborado por la Conferencia sobre Libertad de Información fue revisado por un comité establecido por la Asamblea General³²⁰ y sometido, posteriormente, a la consideración del Tercer Comi-

³¹⁸ Cfr. la Resolución de la Asamblea General núm. 426 (V), del 14 de diciembre de 1950.

³¹⁹ Suscrita el 16 de diciembre de 1952, y en vigor desde el 24 de agosto de 1962.

³²⁰ Cfr. el párrafo 1 de la parte resolutive de la resolución de la Asamblea General núm. 426 (V), del 14 de diciembre de 1950.

té de la Asamblea General durante las sesiones de los años 1959, 1960 y 1961, lapso en el que se aprobó el preámbulo y algunos párrafos operativos, pero sin que volviera a discutirse en los años siguientes. Por otra parte, deseando garantizar la libertad de información como uno de los derechos humanos fundamentales, el Consejo Económico y Social de la ONU aprobó un proyecto de declaración sobre libertad de información,³²¹ el cual fue sometido a la Asamblea General, sin que hasta la fecha ésta lo haya considerado. El mencionado proyecto de declaración señala que la libertad de información es esencial para el respeto de los demás derechos y libertades fundamentales, puesto que ninguna otra libertad está garantizada si no se pueden buscar, recibir y difundir informaciones libremente; además, según el artículo 1 del proyecto, el derecho de saber y el derecho de buscar libremente la verdad son derechos inalienables y fundamentales del hombre, y todas las personas, individual o colectivamente, tienen derecho a buscar, recibir y difundir informaciones. Esta misma declaración expresa, en su artículo 3, que los medios de información deben estar al servicio del pueblo, y que ningún gobierno, órgano o grupo de intereses públicos o privados deberán ejercer sobre los medios destinados a difundir información un control tal que impida la existencia de fuentes diversas de información o prive al individuo del libre acceso a esas fuentes.

Por otra parte, la Constitución de la UNESCO proclama el propósito de fomentar el conocimiento y la comprensión mutuas de las naciones, prestando su concurso a los órganos de información de masas, y que con este fin recomendará los acuerdos internacionales que estime convenientes para facilitar la libre circulación de las ideas por medio de la palabra y de la imagen.³²² Además, la Conferencia General de la UNESCO, en su 19o. periodo de sesiones, celebrado en Nairobi en los meses de octubre y noviembre de 1976, enfatizó la relación entre la información y la comunicación,³²³ y le encomendó a su entonces director general —el señor Amadou-Mahtar M^oBow—, realizar un examen general de los problemas

³²¹ *Cfr.* la resolución del ECOSOC núm. 756 (XXIX), del 21 de abril de 1960.

³²² *Cfr.* el artículo I, párrafo 2, letra a), de la Constitución de la UNESCO.

³²³ Mientras el concepto de “información” se refiere a los signos y mensajes codificados, transmitidos unilateralmente por un emisor a un receptor, la “comunicación” correspondería a la complejidad de los fenómenos de intercambio, de todo tipo, que se producen por medio de signos o símbolos entre los individuos y los grupos. Es decir, mientras la “comunicación” es el proceso de transferencia de un mensaje, la “información” sería el mensaje mismo.

relativos a la comunicación en la sociedad contemporánea, a la luz de los progresos tecnológicos y de la evolución creciente de las relaciones mundiales en toda su complejidad y amplitud. Para llevar a cabo esta tarea, el señor M'Bow creó una Comisión Internacional para el Estudio de los Problemas de la Comunicación, presidida por Sean MacBride, la cual presentó su informe definitivo en febrero de 1980, bajo el título *Un solo mundo, voces múltiples: comunicación e información en nuestro tiempo*,³²⁴ en este informe se pone especial énfasis en lo que se denomina “el libre flujo de la información” y “el flujo libre y equilibrado de la información” a nivel internacional, dándole a la libertad de información una connotación distinta a la que había tenido hasta ese momento. Según este informe, la comunicación es un asunto de derechos humanos, que se refleja en el derecho a comunicarse, el cual va más allá del mero derecho a recibir comunicaciones o informaciones, pues se considera que ella es un proceso de doble sentido, en el que los participantes sostienen un diálogo democrático y equilibrado; esta idea de diálogo daría lugar a una nueva dimensión de los derechos sociales, en que el derecho a comunicarse surge como otro paso en el continuo avance hacia la libertad y la democracia.³²⁵ Pero si hay algo que puso de relieve el informe MacBride es la brecha que se está produciendo entre los que tienen acceso a la información y los que no lo tienen, no sólo como consumidores de información, sino también como fuente de la misma. Esta misma noción ha sido subrayada por el politólogo estadounidense Joseph Nye, observando cómo algunas naciones han pasado de la supremacía nuclear a la supremacía de la información.

Cuando se lanzó ese concepto, la situación en el ámbito de la información y la comunicación se caracterizaba por desigualdades en la circulación de informaciones, y por los sentimientos que había despertado en los países en desarrollo, lo que se percibía como una imagen falsa, deformada e inexacta que se daba de su realidad nacional. Aunque esa reivindicación fue entendida y compartida por muchos, los medios de comunicación interpretaron ese esfuerzo de la UNESCO como una voluntad

³²⁴ La versión en castellano de este informe, con el título antes señalado, ha sido publicada conjuntamente por el Fondo de Cultura Económica y la UNESCO, México y París, 1980, 508 pp.

³²⁵ *Cfr.* MacBride, Sean *et al.*, *Un solo mundo, voces múltiples: comunicación e información en nuestro tiempo*, México-París, Fondo de Cultura Económica-UNESCO 1980, p. 172.

más o menos confesada de atentar contra la libertad de información y la libre circulación de los mensajes y las ideas, lo cual condujo a la institución a sustituir sus planes por un Programa Internacional para el Desarrollo de la Comunicación, orientado a fomentar las capacidades endógenas de los países en desarrollo. Pero la decisión de la UNESCO de propiciar la instauración de un nuevo orden mundial de la información y de la comunicación, con el propósito de lograr una difusión más amplia y mejor equilibrada de la información, sin ninguna clase de obstáculos para la libertad de expresión, no ha sido abandonada, y, muy por el contrario, ha sido reafirmada por la Conferencia General, en su resolución 104, del 15 de noviembre de 1989. En dicha resolución, se reafirma el propósito de contribuir, *inter alia*, a: a) reducir las desigualdades existentes en la circulación de información —a nivel internacional tanto como nacional— y las consecuencias derivadas de esas desigualdades, prestando mayor asistencia a la creación de la infraestructura y de la capacidad de comunicación en los países en vías de desarrollo, promoviendo una mayor solidaridad en la circulación de la información, dando mayor impulso a los intercambios de informaciones y diversificando la circulación de información desde y hacia todas las sociedades y entre ellas; b) facilitar el acceso del público a la información en todas sus formas, incluida la información relativa a la ciencia y la técnica, mediante fuentes y medios de información diversos y fácilmente accesibles; c) proporcionar a los medios de comunicación públicos, privados y de otro tipo de los países en desarrollo, condiciones y recursos que les permitan fortalecerse, consolidar su independencia, extender su campo de acción y cooperar, tanto entre sí como con los medios de comunicación públicos y privados de los países industrializados, en un plano de estricta igualdad y respeto mutuo, y d) subrayar la contribución que pueden aportar los medios de comunicación al desarrollo económico, social y cultural, y a la lucha contra la intolerancia y todas las formas de discriminación. En tal sentido, sin abandonar el objetivo global que se había fijado, la Conferencia General dio su aprobación a la nueva estrategia de la comunicación elaborada por el Consejo Ejecutivo de la UNESCO, a fin de explorar nuevas vías para lograr paulatinamente un equilibrio en la circulación de la información; esta estrategia, al tiempo que reconoce la legitimidad de un nuevo orden mundial de la información y la comunicación, consiste en fomentar la formación de profesionales de la comunicación, así como

las condiciones de una educación relativa a los medios de comunicación, la cual daría prioridad al desarrollo del espíritu crítico de los usuarios y de la facultad de reacción de las personas y los pueblos ante cualquier forma de manipulación, favoreciendo la correcta comprensión de los medios de que disponen los usuarios para defender sus derechos. En el marco de esta nueva estrategia, en el Programa Internacional para el Desarrollo de la Comunicación se abordan los siguientes temas: a) la libre circulación de la información y la solidaridad; b) la comunicación al servicio del desarrollo; c) las repercusiones socioculturales de las nuevas tecnologías de la comunicación, y d) la comunicación al servicio de la humanidad. La UNESCO ha puesto especial énfasis en este último subprograma, destinado a facilitar en todo el mundo la libre circulación de las ideas mediante la palabra y la imagen, favoreciendo una difusión más amplia y mejor equilibrada de la información, sin ningún obstáculo a la libertad de expresión, y estableciendo nexos entre la comunicación y el desarrollo de las sociedades.³²⁶

Recientemente, teniendo en cuenta la evolución acelerada de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, por iniciativa de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y con el auspicio de la Secretaría General de la ONU, se convocó a una Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, la cual está previsto que se celebre en dos etapas, la primera de ellas en Ginebra, del 10 al 12 de diciembre de 2003, y la segunda en Túnez, del 16 al 18 de noviembre de 2005, para examinar las repercusiones de la revolución de las tecnologías de la información sobre la comunidad internacional y la forma de poner su potencial al servicio del desarrollo.³²⁷ Sin embargo, la agenda de la Cumbre está preparada primordialmente en relación con los desafíos técnicos que representan las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y sólo escasamente en función de la libertad de información, o de la información como un derecho.

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, de la variada gama de derechos que conforman la libertad de expresión se desprende, como uno de sus aspectos particulares, el derecho a la informa-

³²⁶ Cfr. la resolución 104, *La comunicación al servicio de la humanidad*, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 15 de noviembre de 1989.

³²⁷ Cfr. Organización de Naciones Unidas, Asamblea General, A/Res/56/183, *World Summit on the Information Society*, 31 de enero de 2002.

ción, el cual comprende el buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole; en realidad, si hay algún desequilibrio en el tratamiento que los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos hacen de la libertad de expresión, el mismo se refleja en el énfasis que en ellos se ha puesto precisamente en el derecho a la información. En opinión de Rodolfo Piza, este derecho implica “la libertad de difundir, no sólo el pensamiento, la opinión, la imaginación o la inspiración propios, sino también los ajenos”.³²⁸

Pero mientras que la libertad de expresión propiamente tal ha sido recogida y garantizada —en forma más o menos adecuada— por los textos constitucionales de la inmensa mayoría de los Estados, la libertad de información no ha tenido la misma fortuna y no siempre se encuentra expresamente reconocida por el derecho interno estatal. En este sentido, en el caso del artículo 58 de la nueva Constitución de Venezuela, llama la atención el énfasis que se ha puesto en el derecho a recibir información, pero sin que haga mención del derecho a buscar y difundir información, particularmente de fuentes oficiales, aspecto que es considerado en el artículo 143, en un capítulo distinto de la Constitución, referido al Poder Público; asimismo, llama la atención que el derecho a la información se presente no como un derecho que se tiene frente al Estado, sino que frente a los medios de comunicación, confiriéndole una connotación distinta de la que es propia de las libertades públicas.

Según Türk y Joinet, la palabra “información” tiene muchas acepciones, y, como elemento de poder económico, político o militar, es un producto que se puede comercializar, y que está al alcance de los ricos, pero que es poco asequible para el resto de la población; la diversidad de significados de esta expresión exige prudencia cuando se utiliza en el debate sobre los derechos humanos, por lo que su significado preciso debe determinarse concretamente, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, a partir del principio de que cada persona debe tener acceso a todos los tipos de información. En su sentido jurídico, la información es objeto de reglamentación en distintas ramas del derecho, comenzando por el derecho de propiedad intelectual, el derecho aplicable a los medios

³²⁸ 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 4 de su opinión separada.

de comunicación, etcétera, pero sin excluir varias otras.³²⁹ Sobre este particular, el Tribunal Constitucional español ha observado que, “como todos los derechos fundamentales, el que consiste en comunicar o recibir libremente información no es absoluto, pues su ejercicio se justifica en atención a la relevancia social de aquello que se comunica y recibe, para poder así contribuir a la formación de la opinión pública”.³³⁰ Según el tribunal, el ejercicio legítimo del derecho a difundir información exige la necesaria concurrencia de unos requisitos mínimos: a) el interés y la relevancia de la información divulgada, y b) la necesidad de que la información sea veraz.³³¹

En lo que se refiere a su alcance, la libertad de información, en cuanto derecho del individuo que le permite buscar, recibir y difundir información, reviste una importancia destacada para evaluar el carácter más o menos democrático de las instituciones del Estado. En efecto, en lo que concierne a la actividad de los distintos órganos del Estado, la libertad de información se encuentra en la raíz misma de una sociedad abierta y democrática, en oposición a un gobierno despótico, receloso de la ciudadanía —y en el que prevalecen el secreto y la propaganda oficial—, reservando la información sobre asuntos de interés público para un círculo íntimo que administra el Estado como un feudo privado. Además de ser un derecho de toda persona, la libertad de información contribuye de manera significativa con la administración del Estado, aportando datos valiosos al proceso de toma de decisiones y mejorando la calidad de las mismas; en efecto, la libertad de información hace posible la intervención de todos los ciudadanos interesados en el proceso de toma de decisiones, enriqueciéndolo y sacándolo de un círculo cerrado, ajeno a los problemas del mundo real. Pero el derecho a la información también contribuye a hacer que el gobierno no sólo opere abiertamente y a la vista de todos, sino que también hace a sus funcionarios verdaderamente responsables por las decisiones que adopten.

³²⁹ 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 13.

³³⁰ Sentencia núm. 173/1995, del 21 de noviembre de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 2339/1994, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 28 de diciembre de 1995, núm. 310 (suplemento).

³³¹ *Idem*.

El derecho a la información implica, para el Estado, la obligación de no destruir los archivos y documentos que puedan resultar inconvenientes para el gobierno, pero que contienen información oficial y de interés público, sino que, por el contrario, tiene el deber de preservarlos celosamente. Sin duda, el conservar los documentos públicos y facilitar el acceso a los mismos hace posible la investigación histórica y contribuye a reconstruir nuestro pasado; pero la razón primordial para conservarlos es que ellos forman parte del dominio público, y no pueden destruirse caprichosamente. Es precisamente la disponibilidad y accesibilidad de esa información pública la que permite ejercer un control directo sobre los actos del Estado, evitando el secreto y la clandestinidad en que se refugian el delito y la corrupción. Desde luego, hay información que, por su sensibilidad, el Estado tiene el derecho a evitar que temporalmente llegue a conocimiento público. Pero en una sociedad democrática ese tipo de restricción al derecho a la información debe ser la excepción, y no la regla; además, la reserva de acceso a información clasificada como confidencial o secreta tampoco puede ser eterna, eludiendo, en esa forma, el control que la ciudadanía tiene derecho a ejercer sobre los actos del Estado, aunque sea a posteriori.

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a acceder a la información sobre sí misma o sobre sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya sea que ella esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados, y de ser necesario tiene, igualmente, derecho a actualizarla, rectificarla o enmendarla. En opinión de la Comisión, el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos.³³² En el caso *Ivcher Bronstein*, 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, y que, 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 reci-

³³² *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, párrafos 3 y 4 de la parte declarativa.

bir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática, en violación de los artículos 13, núm. 1 y 13, núm. 3, de la Convención Americana.³³³

Como se puede advertir, hay una relación muy estrecha entre la libertad de información y el secreto; este último no sólo es la negación de la primera, sino que, como sostiene Ranelagh,

el secreto y la ineficiencia han ido de la mano y ésta es la verdadera razón por la cual deberíamos preocuparnos por el secreto y la disponibilidad de información. No podemos asumir que el gobierno y los funcionarios públicos siempre harán lo mejor o conocerán mejor lo que es conveniente hacer; no deberíamos permitir que el pequeño número de personas que ha comprometido su vida a la política continúe seleccionando el talento y desplegando los recursos de la nación sin más información, debate y desafío.³³⁴

La trascendencia política de la libertad de información en una democracia representativa —esto es, del derecho del público a saber qué está haciendo el gobierno— es indiscutible. La ausencia de libertad de información lesiona seriamente el proceso democrático, ya sea porque obstaculiza un debate serio e informado previo a cualquier toma de decisión, o porque oculta la ineptitud e incompetencia —si no la corrupción— de quienes las adoptan. Por lo tanto, el derecho a buscar y recibir información de interés público no es sino el reconocimiento de que en una sociedad democrática, en última instancia, el poder reside en la ciudadanía, y no en un grupo de políticos o burócratas insensibles a las aspiraciones e intereses de la población. La información oficial no puede ser tratada como si fuera propiedad del gobierno, asumiendo que ella no le concierne a los particulares; se trata de un derecho individual, y no es al gobierno a quien le corresponde decidir —según su conveniencia— qué comunicar a la población, o en qué momento hacerlo.

Como expresó un funcionario del Ministerio de Defensa de Inglaterra, que fue procesado por transmitir a un miembro del Parlamento documentos confidenciales sobre la guerra de Las Malvinas,

³³³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú), sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafos 162, 163 y 164.

³³⁴ “Secrets, Supervision and Information”, en *Freedom of Information... Freedom of the Individual?*, compilado por Julia Neuberger, Londres, Papermac, a Division of Macmillan Publishers Limited, 1987, pp. 22 y ss.

La libertad de información también tiene que ver con la calidad de la democracia. Hace surgir la pregunta de si la democracia es simplemente cuestión de poner una cruz sobre una papeleta electoral cada cuatro o cinco años, y dejar a un pequeño grupo de un ciento de políticos y funcionarios públicos del más alto rango gobernar la nación y, ocasionalmente, decirle al resto de nosotros lo que están haciendo, poniendo en circulación alguna información en respaldo de sus decisiones. Con libertad de información podemos tener una democracia mejor informada, en la cual los grupos de presión y los individuos puedan cuestionar más efectivamente lo que se está haciendo en su nombre, e influir en esas decisiones antes de que ellas se adopten.³³⁵

No cabe duda que en ocasiones el propio interés público hace necesario que cierto tipo de información se mantenga en secreto, y que ella sea conocida sólo por un muy reducido grupo de funcionarios del Estado. Según John Ranelagh, el área en que el Estado requiere del secreto para la conducción de sus asuntos incluye los secretos militares y de inteligencia, algunos aspectos estratégicos de la política económica del Estado, lo concerniente a la actividad policial (probablemente sus aspectos operacionales), y detalles de la política exterior y la diplomacia. Esta información constituiría lo que él denomina “secretos democráticamente sancionados”.³³⁶ Sin embargo, aun cuando la ciudadanía pueda aceptar la confidencialidad de la información en algunas esferas, las excepciones o restricciones a la libertad de información deben estar cuidadosamente circunscritas a aquellas áreas más sensibles de la actividad del Estado —tales como ciertos aspectos de la actividad militar o diplomática—, no pudiendo interpretarse de manera extensiva; en consecuencia, la regla general es que —a menos que el gobierno demuestre la existencia de poderosas razones que puedan aconsejar proceder de otra forma— toda información oficial debe ser fácilmente accesible para cualquier persona, quien puede difundirla y comentar libremente sobre la misma.

³³⁵ Clive Pontin, funcionario del Ministerio de Defensa Británico, “Secrecy and Freedom of Information”, en *Freedom of Information... Freedom of the Individual?*, compilado por Julia Neuberger, Londres, Papermac, a Division of Macmillan Publishers Limited, 1987, pp. 17 y ss.

³³⁶ “Secrets, Supervision and information”, en *Freedom of Information... Freedom of the Individual?*, compilado por Julia Neuberger, Londres, Papermac, a Division of Macmillan Publishers Limited, 1987, pp. 19 y ss.

Así expuesto el fundamento de la libertad de información —en cuanto parte integrante de la libertad de expresión— debe admitirse que ella no está diseñada sólo en función de los intereses de quien procura divulgar información, opiniones o ideas; la sociedad, como un todo, también tiene interés en el libre flujo de la información más completa posible. Pero aquí nos interesa examinar la libertad de información como un derecho individual; de hecho y de derecho, toda persona a quien se le impide el acceso a la información, o a las opiniones o ideas de otro, es víctima de una violación de la libertad de expresión.

Por otra parte, un aspecto no menos importante de la libertad de información radica en que, por sus características, ella puede ejercerse directamente por cada individuo, o delegarse —en forma tácita— en las instituciones y empresas cuya actividad esencial gira en torno a la comunicación e información. En este sentido, los periodistas y los medios de comunicación de masas desempeñan un papel crucial tanto en la investigación y recopilación de información como en la difusión de la misma, prestando un servicio público invaluable.

El derecho a recibir información, particularmente de los órganos del Estado, ha sido objeto de importantes comentarios en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La existencia, en el pasado reciente, de una política de represión en gran escala, que se tradujo en ejecuciones sumarias y en miles de personas desaparecidas después de haber sido detenidas por policías o militares, seguidas posteriormente de leyes de amnistía que impiden establecer las circunstancias en que esas personas perdieron la vida o desaparecieron, ha llevado a reclamar el derecho a la verdad, y a la constitución de comisiones nacionales cuya función ha sido precisamente investigar esas atrocidades y establecer la verdad.³³⁷

En el derecho interno de los Estados, no son pocos los textos que han recogido el derecho a la información como un derecho del individuo frente al Estado; por ejemplo, el artículo 48 de la Constitución de Portugal dispone que todos los ciudadanos tienen derecho a que se les informe, de forma clara y objetiva, de los actos del Estado y demás entidades públicas, y a ser informados por el gobierno y otras autoridades de la

³³⁷ *Cfr.*, por ejemplo, el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada en Chile por Decreto Supremo núm. 355, del 25 de abril de 1990, o el Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, creada en Argentina por decreto del presidente de la República, Raúl Alfonsín, el 15 de diciembre de 1983.

gestión de los asuntos públicos. Asimismo, la Constitución de Sudáfrica dispone en su artículo 32, que toda persona tiene el derecho de acceso: a) a cualquier información que tenga el Estado, y b) a cualquier información que esté en poder de otra persona y que sea necesaria para el ejercicio o la protección de los derechos individuales; no obstante la diferencia que se puede apreciar entre los párrafos a) y b) del artículo antes citado, en una de sus disposiciones transitorias se establece que mientras se dicta la legislación indispensable para hacer efectivo este derecho, la disposición anterior debe entenderse confiriendo a toda persona el derecho de acceso a toda información que tenga el Estado, o cualquiera de sus órganos en cualquiera de las esferas del gobierno, siempre que dicha información sea requerida para el ejercicio o la protección de cualquiera de los derechos individuales. En el mismo sentido, en el derecho venezolano, la Constitución de 1999, además de lo previsto en los artículos 57 y 58 a que ya se ha hecho referencia, el artículo 143 establece que los ciudadanos tienen derecho a ser informados oportuna y verazmente por la administración pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular; asimismo, se les reconoce el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal, y a la “intimidad de la vida privada” (*sic*), de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. Con una redacción muy peculiar, y no exenta de comentarios, esta misma disposición agrega que “no se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos... que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad”. En una exposición de motivos de la Constitución,³³⁸ se expresa que “esta Constitución reconoce el *habeas data* o el derecho de las personas de (*sic*) acceso a la información que sobre sí mismas o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley. El *habeas data* incluye el derecho de las personas de conocer el uso que se haga de tales registros y su finalidad, y de solicitar ante

³³⁸ Publicada en la *Gaceta Oficial* del 24 de marzo de 2000, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente después que la Constitución ya había sido aprobada mediante referéndum y, por lo tanto, después de que dicha Asamblea ya había cesado en sus funciones.

el tribunal competente su actualización, rectificación o destrucción, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos”.³³⁹ Aunque el párrafo antes citado no indica a qué artículo se refiere, lo más cercano a lo que la doctrina ha identificado como el recurso de *habeas data*, aunque sin utilizar dicha denominación, se encuentra precisamente en el artículo 143 de la Constitución. Sin embargo, en esta disposición no hay ninguna referencia a varios de los aspectos que, según la mencionada exposición de motivos, estarían protegidos por la nueva Constitución venezolana; por ejemplo, el artículo 143 no se refiere al acceso a registros privados ni tampoco se señala —ya sea en forma explícita o implícita— que la persona tiene derecho a solicitar la actualización, rectificación, o incluso la destrucción de la información existente en registros oficiales o privados, cuando esa información fuese errónea o afectase ilegítimamente los derechos de la persona.³⁴⁰

Por otra parte, uno de los componentes de este derecho ha sido identificado como el derecho a la comunicación. Con frecuencia, con esta expresión, que ya había sido utilizada por la UNESCO en un sentido más amplio,³⁴¹ se pone énfasis en el sujeto activo del mismo; es decir, en aquel que pretende difundir informaciones, y no necesariamente en el sujeto receptor de las mismas. A título ilustrativo, aunque la Constitución de Venezuela sólo se refiere a las libertades de expresión e información, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, aprobada por la Comisión Legislativa Nacional el 1 de junio del año 2000, expresa en su artículo 1 que ella tiene por objeto “establecer el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones, a fin de garantizar el derecho humano de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones necesarias para lograrlo”;³⁴² al respecto, es

³³⁹ Cfr. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, núm. 5,453, extraordinario, del 24 de marzo de 2000, p. 2.

³⁴⁰ Aunque, entre las atribuciones del Defensor del Pueblo, el artículo 281, núm. 3, de la Constitución incluye la de interponer las acciones de *habeas data*, tampoco se señala específicamente cuál es la disposición que consagra este derecho, ni se incluyen posibilidades que vayan más allá de lo expresamente previsto por el artículo 143 de la Constitución.

³⁴¹ Cfr. MacBride, Sean *et al.*, *Un solo mundo, voces múltiples: comunicación e información en nuestro tiempo*, México-París, Fondo de Cultura Económica-UNESCO, 1980.

³⁴² No obstante haber sido objeto de serias objeciones por parte de la industria de la radio y la televisión, dicha ley fue finalmente promulgada el 12 de junio de 2000, en la for-

importante subrayar que el artículo 12, número 3, de la ley que comentamos, menciona, entre los derechos del usuario, el derecho a “ejercer individual y colectivamente su derecho a la comunicación libre y plural a través del disfrute de adecuadas condiciones para fundar medios de radiodifusión sonora y televisión abierta comunitarias de servicio público sin fines de lucro”. Además, el artículo 15, número 1, de la citada ley, señala que los operadores de servicios de telecomunicaciones tienen el deber de “respetar los derechos de los usuarios establecidos en la Constitución y en la ley, a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen...”. En consecuencia, según se desprende de estas disposiciones, el derecho a la comunicación correspondería a los operadores de servicios de telecomunicaciones, mientras que los usuarios de dichos servicios serían titulares del derecho a la información.

II. EL CONTENIDO MATERIAL DE LA EXPRESIÓN PROTEGIDA

Para disfrutar de los beneficios inestimables que asegura la libertad de prensa, es necesario someterse a los males inevitables que ella hace nacer.

Alexis de TOCQUEVILLE, en *La democracia en América*.

Los instrumentos internacionales que comentamos protegen el derecho a expresar nuestras opiniones, y el derecho a buscar, recibir y difundir “informaciones e ideas” de toda índole, dejando abierto el debate para determinar qué tipo de mensajes son los que pueden calificarse como informaciones o ideas. Por otra parte, al abordar esta materia, no podemos ignorar la circunstancia de que, como resultado de un cambio en las razones que la justifican, el ámbito material de la expresión protegida se ha ido expandiendo; pero tampoco podemos ignorar el debate sobre la pertinencia de la garantía de la libertad de expresión respecto de mensajes de contenido comercial, amenazas terroristas, incitaciones al delito,

ma aprobada por la Comisión Legislativa Nacional (la cual no tenía existencia en el texto constitucional recientemente aprobado), y fue publicada en la *Gaceta Oficial* de la misma fecha.

mensajes racistas, o la eterna discusión en torno a la naturaleza expresiva o no expresiva de la pornografía,³⁴³ o la determinación de si expresiones injuriosas o agresivas están protegidas por el derecho que comentamos. Con un criterio selectivo, y ciertamente subjetivo, para Alexander Meiklejohn lo importante no es que todo el mundo hable, sino que todo lo que sea digno de ser dicho pueda ser escuchado.³⁴⁴ En este mismo sentido, llama la atención que la Corte Europea de Derechos Humanos, a través de una de sus secciones, ocasionalmente haya distinguido entre aquellas expresiones “que sobrepasan los límites de la crítica aceptable”, y “otras que deben disfrutar de la protección del artículo 10” de la Convención Europea,³⁴⁵ que es el que se refiere a la libertad de expresión. Por el contrario, en opinión del juez Learned Hand, el interés que protege, y que le confiere trascendencia a la libertad de expresión, supone que no hay ninguna idea ortodoxa —ya sea religiosa, política, económica o científica— que goce de inmunidad y que no pueda ser discutida o debatida.³⁴⁶

Los mensajes ofensivos no han sido ajenos a la jurisprudencia de los tribunales nacionales o internacionales. En particular, en *Oberschlick v. Austria* (2), el gobierno austriaco alegó que el peticionario no había sido condenado penalmente por criticar a un dirigente político, sino por calificarlo de “idiota”, lo cual, lejos de ser la manifestación de una opinión, no era otra cosa que un insulto utilizado para denigrar y desacreditar públicamente a un individuo; según el gobierno austriaco, eso no es aceptable en una sociedad democrática, incluso si la persona atacada ha defendido opiniones extremas con la intención de provocar; porque, para mantener un nivel aceptable en el debate político hay que observar ciertas reglas

³⁴³ Cfr., por ejemplo, MacKinnon, Catharine, “La pornografía no es un asunto moral”, en *Derecho y pornografía*, de Catharine MacKinnon y Richard Posner, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1996, pp. 45-86; y Dworkin, Andrea, “Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality”, en Baird, Robert M., y Rosenbaum, Stuart E. (comps.), *Pornography: Private Right or Public Menace?*, Búfalo, Nueva York, Prometheus Books, 1991, pp. 56-61.

³⁴⁴ Cfr. *Free Speech and its Relation to Self-Government*, Nueva York, Harper & Row, Publishers, 1948, citado por Barron, Jerome A. y C. Dienes, Thomas, en *First Amendment Law*, Minn. West Publishing, St. Paul, 2000, p. 11.

³⁴⁵ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Perna v. Italy*, sentencia del 25 de julio de 2001, párrafo 46.

³⁴⁶ Cfr. su sentencia en *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 501 v. NLRB*, 181 F. 2d 34 (2d Cir. 1950).

básicas, y en la medida en que los insultos, o el lenguaje destinado a denigrar y ofender, no hacen ninguna contribución al desarrollo político de la sociedad, no pueden disfrutar de la protección general e ilimitada que la Convención Europea le otorga a la libertad de expresión.³⁴⁷ Acogiendo este argumento, los jueces Matscher y Thór Vilhjálmsson, de la Corte Europea de Derechos Humanos, han señalado que debe hacerse una distinción entre lo que, por una parte, puede calificarse de crítica o de juicios de valor, que están cubiertos por la garantía de la libertad de expresión prevista en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y, por otra parte, los insultos, que no están protegidos por esa garantía, y que no forman parte de esa libertad; en opinión de los jueces antes citados, el propósito del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos es permitir un real intercambio de ideas, pero no es proteger un periodismo primitivo, de cuarta categoría, que carece de las cualidades indispensables para presentar argumentos serios, que recurre a la provocación y al insulto gratuito para atraer potenciales lectores, y que no hace ninguna contribución a un intercambio de ideas que sea digno de ese nombre.³⁴⁸ Entre los tribunales nacionales, en 1942, en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, la Corte Suprema de los Estados Unidos ya había sostenido que el uso de palabras agresivas (*fighting words*), que no son una parte indispensable del discurso, sino armas arrojadas en un momento de disgusto, con el propósito de infligir un daño e invitar a la retaliación, no estarían constitucionalmente protegidas.³⁴⁹ En el mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional español sostuvo recientemente que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, e innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión pública, suponen un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, y que la Constitución española no reconoce un pretendido derecho al insulto, que por lo demás sería incompatible con la dignidad de la persona que ella misma proclama.³⁵⁰

³⁴⁷ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Oberschlick v. Austria* (2), sentencia del 25 de junio de 1997, párrafo 28.

³⁴⁸ Cfr. su opinión disidente en Corte Europea de Derechos Humanos, *Oberschlick v. Austria* (2), sentencia del 25 de junio de 1997.

³⁴⁹ Cfr. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

³⁵⁰ 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).

Otro elemento que no puede escapar a nuestra atención es la distinción entre el mero entretenimiento y los mensajes que comunican ideas o informaciones. En el caso de radio Groppera, el gobierno suizo sostuvo que el contenido de las transmisiones de la radio en cuestión, principalmente música ligera y anuncios comerciales, hacía surgir dudas en cuanto a si podía calificarse de “informaciones” e “ideas”, cuya comunicación es lo que protege el artículo 10 de la Convención Europea. Asimismo, el juez Valticos señaló que la libertad de expresión incluía el derecho a sostener opiniones y a recibir e impartir informaciones e ideas, pero que no estaba diseñada para proteger el mero entretenimiento (que, al parecer, es como calificaba a la música ligera). Aunque la Corte no consideró necesario proporcionar una definición precisa de lo que se ha querido decir con “informaciones” e “ideas”, observó que las transmisiones radioeléctricas son mencionadas en la Convención precisamente en el contexto de la libertad de expresión, sin que sea necesario distinguir en cuanto al contenido de los programas.³⁵¹ En cualquier caso, no debe perderse de vista que, independientemente del medio empleado, el entretenimiento comunica ideas o sentimientos, y que eventualmente puede estar basado en informaciones, como es el caso de la sátira política, o de las caricaturas.

Por otra parte, no hay que perder de vista que esta libertad es el fruto de la Ilustración y del liberalismo, en su lucha por ponerle límites al poder estatal. Es en este contexto histórico que debemos tratar de dilucidar qué tipo de mensaje es el que se desea proteger; es decir, cuáles son las materias cuyo contenido está amparado por la libertad de expresión —que es lo que procuraremos esclarecer en este capítulo—, y cuáles son los posibles límites que ella tiene en función del contenido o de la forma de la expresión, aspecto que será objeto de un análisis posterior, al referirnos a las limitaciones y restricciones a la libertad de expresión. En consecuencia, estos son algunos de los aspectos que hay que examinar cuidadosamente, a fin de determinar con exactitud cuál es el perímetro dentro del que la expresión se puede ejercer con libertad.

³⁵¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Groppera Radio AG and others, sentencia del 22 de febrero de 1990, párrafos 54 y 55, y opinión concurrente del juez Valticos.

1. *La expresión política*

La libertad de opinión es siempre la libertad de aquel que no piensa como nosotros.

Rosa LUXEMBURG

Teniendo en cuenta sus orígenes, y por ser en el debate político en donde con mayor frecuencia se tiende a abusar y a restringir indebidamente la libertad de expresión, es precisamente en este campo en donde ella adquiere mayor relevancia, siendo sentida como esencial en el marco de una sociedad democrática. En tal sentido, en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, el juez William Brennan, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, caracterizó que el derecho a criticar al gobierno, sin temor a represalias, como el elemento fundamental de la libertad de expresión.³⁵² Paradójicamente, esta circunstancia permite amparar cualquier tipo de expresión, por peligrosa que pueda parecer para el propio sistema democrático, pues, como ha sostenido el Tribunal Constitucional español, la Constitución también protege a quienes la niegan.³⁵³

Si bien ésta es una libertad del espíritu, ella se encuentra firmemente vinculada a la libertad política y al proceso democrático, dotando al ciudadano de la facultad de investigar y criticar. Es en esta esfera en donde ella adquiere una importancia destacada, convirtiéndose en un instrumento de control y de participación política. Es precisamente el debate político el que permite al ciudadano retener una cuota de control sobre el gobierno y emitir su opinión sobre la conducción de los asuntos públicos. Es en este contexto que adquiere sentido lo señalado por James Madison, en cuanto a que el poder de censurar radica en el pueblo para ser ejercido sobre el gobierno, y no en el gobierno para ser ejercido sobre el pueblo.³⁵⁴ En este mismo sentido, según el juez Frankfurter, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, “una de las prerrogativas de los ciudadanos estadounidenses es el derecho de criticar a los hombres públicos y las medidas públicas, y esto significa no solamente críticas informadas y

³⁵² Cfr. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

³⁵³ 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).

³⁵⁴ Citado por Cox, Archibald, *Freedom of Expression*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 3.

responsables, sino la libertad de hablar tontamente y sin moderación”.³⁵⁵ Según el máximo tribunal de los Estados Unidos, cualesquiera que sean las diferencias que puedan existir acerca de la interpretación de la primera enmienda a la Constitución de ese país, existe un amplio consenso en cuanto a que su objetivo fundamental es proteger la libre discusión de los asuntos gubernamentales, y que esto incluye, *inter alia*, la discusión de candidaturas, la estructura y forma de gobierno, la forma en que opera o debería operar el gobierno, y todos los asuntos relacionados con el proceso político.³⁵⁶ Desde una perspectiva puramente utilitaria, ciertamente que este solo hecho justificaría, por sí mismo, la consagración de la libertad de expresión como un derecho humano; y es por ello, precisamente, que se tiende a enfatizar la protección del discurso político. Pero es importante subrayar que, según la Corte Suprema de los Estados Unidos, los mensajes de naturaleza política no se reducen solamente a las comunicaciones serias y bien articuladas; en realidad, los mensajes humorísticos, las caricaturas satíricas, o las parodias, pueden ser muy efectivas para comunicar ideas y opiniones igualmente serias; de manera que, en lo que se refiere a la garantía constitucional de la libertad de expresión, la línea entre el mensaje que informa y el que entretiene es demasiado borrosa.³⁵⁷ En este sentido, los tribunales federales de los Estados Unidos han señalado que la parodia, como medio para exponer lo ridículo y lo absurdo en una sociedad, tiene un alto valor, y sirve como crítica social.³⁵⁸

Es evidente que, a lo largo de la historia, la libertad de expresión ha estado asociada fundamentalmente con la protección del discurso de contenido político, y que, en opinión de algunos autores, ella está diseñada solamente para asegurar la libertad de expresión política; para otros, en cambio, la expresión de carácter político tiene, al menos, un carácter prioritario o preferente frente a expresiones de contenido no político; por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que el interés de la sociedad en proteger los espectáculos para adultos es de una magnitud menor que el interés en el debate político desinhibido.³⁵⁹ En

³⁵⁵ *Baumgartner v. United States*, 322 U.S. 665 (1944).

³⁵⁶ *Cfr.* *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966).

³⁵⁷ *Cfr.* *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948). *Cfr.*, también, *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

³⁵⁸ *Cfr.* *Cardtoons, L.C. v. Major League Baseball Players Ass’n*, 95 F.3d 959 (10th Cir. 1996).

³⁵⁹ *Cfr.* *Young v. Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50 (1976).

torno a este punto, también nos parece relevante la ubicación del derecho a la libertad de expresión, en los distintos instrumentos internacionales que comentamos, siempre precediendo a otros derechos de contenido político, tales como el derecho de reunión o la libertad de asociación.³⁶⁰ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que,

cualesquiera sean las consecuencias a que pueda llevar la acción basada en determinada ideología... y cualquiera sea el juicio de valor que ese modo de pensar merezca, lo cierto es que las ideologías no pueden ser eliminadas como se elimina una enfermedad epidémica o un grave vicio social, si es que han de subsistir los principios básicos del régimen democrático representativo de Gobierno... No es admisible que, por el solo hecho de sustentar y difundir una cierta ideología, un hombre se transforme en una especie de “intocable”, a quien se considera legítimo privar de posibilidades de trabajo, coartarle la libre expresión de su pensamiento y aún mandarlo a la cárcel.³⁶¹

2. *Los mensajes de contenido religioso*

La libertad de expresión es deudora de la libertad de conciencia y religión. Según Jellinek, la idea de recoger los derechos del hombre en el derecho positivo no es de origen político, sino religioso, y se originó en las colonias de los protestantes puritanos ingleses y holandeses, que se establecieron en el norte del continente americano en el siglo XVII; esa idea plasmó por primera vez en la Carta Real de Rhode Island, de 1663, que consagró la libertad de conciencia y religión, la cual sirvió de matriz a la libertad de expresión y de prensa.³⁶²

En todo caso, la libertad de expresión reviste una extraordinaria importancia en cuanto garantía del discurso de contenido religioso; según Archibald Cox, cuando primero fue considerada la libertad de expresión, ella significó básicamente la oportunidad de oír y de leer la palabra de

³⁶⁰ Cfr., al respecto, los artículos 21 y 22 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 15 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

³⁶¹ Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, Washington, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1974, p. 153.

³⁶² Cfr. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México, UNAM, 2000, pp. 43 y ss.

Dios, y así descubrir el camino a la salvación.³⁶³ No debe perderse de vista que quienes colonizaron el norte del continente americano lo hicieron huyendo de la intolerancia religiosa y de la existencia de una Iglesia establecida, por lo que esta materia ocupó un lugar destacado en las Cartas reales antes de la independencia de los Estados Unidos. En este sentido, la libertad de expresión aportó un instrumento racional a las relaciones entre el Estado y el individuo, las cuales han sido recogidas por el derecho constitucional moderno. En tal sentido, el artículo 2, núm. 3, de la Constitución del Perú, luego de consagrar la libertad de conciencia y religión, estipula que no puede haber persecución por razón de ideas o creencias, y que, en el marco de esta Constitución, no hay delitos de opinión. Asimismo, el artículo 19, núm. 6, de la Constitución de Chile, al referirse a la libertad de conciencia, incluye, como parte de ésta, la manifestación de todas las creencias. Por su parte, el artículo 24 de la Constitución de México dispone que todo hombre es libre de profesar la creencia religiosa que más le agrade, y de practicar las devociones o actos del culto respectivo, siempre que éstos no constituyan un delito o falta penados por la ley. En el caso de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, antes de referirse a la libertad de palabra o la de prensa, ésta incluye una cláusula relativa a la libertad religiosa, prohibiendo que el Congreso pueda establecer una religión oficial, o que pueda coartar la práctica de una religión.

En buena medida, la libertad de expresión es un subproducto de la intolerancia religiosa, y es la hermana gemela de la libertad de conciencia y religión. Por alguna razón es que es precisamente en las esferas política y religiosa en las que la humanidad ha experimentado las muestras más palpables de intolerancia, censura, y represión. En este sentido, no es mera coincidencia que, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos como en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en las Convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos, la garantía de la libertad de expresión figure inmediatamente después del derecho a la libertad de conciencia y religión. Desde el punto de vista histórico, tampoco es irrelevante el que la mayor parte de las luchas de la humanidad (y muy en particular desde el nacimiento mismo del cristianismo) hayan estado dirigidas a imponer una determinada fe o creencia (como, por ejemplo, en las cruzadas) o, por el contrario, hayan buscado crear el am-

³⁶³ Cfr. *Freedom of Expression*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 1.

biente adecuado para una mayor tolerancia en materia religiosa, y el reconocimiento del derecho de cada cual a procurar la salvación de su alma de la manera que le parezca más adecuada. Piénsese, por ejemplo, en las circunstancias históricas y personales en que John Locke escribió, desde el destierro, su famosa *Carta sobre la tolerancia*,³⁶⁴ o el sentido eminentemente religioso que tiene el discurso de Fichte, “Reivindicación de la Libertad de Pensamiento”, dirigido en contra de lo que él denominaba la “deshonrosa esclavitud espiritual y corporal de una iglesia despótica”.³⁶⁵

La circunstancia de que tanto en los instrumentos internacionales de derechos humanos como en los textos constitucionales la libertad de conciencia y religión sea objeto de un tratamiento separado, de ninguna manera puede tener el efecto de restringir el ámbito material de la expresión protegida. El propósito de las mismas es ampliar el ámbito de la libertad individual, y no reducirlo; en consecuencia, ellas deben entenderse no sólo como una forma de hacer explícita la protección de las ideas y creencias de contenido religioso, o la manifestación de las mismas, sino como el medio necesario de proteger la práctica de esas creencias, ya sea en privado o en público, incluyendo la actividad proselitista que parece ser de la esencia de muchas religiones. De manera que, como parte de ese flujo constante de ideas y creencias que se manifiestan y se comunican en la sociedad, la religión no puede estar excluida del debate público.

Según la Corte Europea de Derechos Humanos, la libertad religiosa es principalmente un asunto de conciencia individual; pero también incluye la libertad de manifestar la religión propia, por medio del culto o la enseñanza, en comunidad con otros y en público.³⁶⁶ La libertad de manifestar la propia religión, que no se ejerce solamente en comunidad con otros, en público y dentro del círculo de aquellos cuya fe se comparte, sino también en privado, incluye el derecho a tratar de convencer a nuestro vecino, por ejemplo, a través de la enseñanza, sin el cual el derecho a

³⁶⁴ *A Letter Concerning Toleration*, publicada por primera vez en 1689.

³⁶⁵ Cfr. Gottlieb Fichte, Johann, *Reivindicación de la libertad de pensamiento: a los príncipes de Europa que hasta ahora la oprimieron*, publicada en alemán, por primera vez en 1793. Versión castellana en *Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos*, estudio preliminar y traducción de Faustino Oncina Covas, Madrid, Tecnos, 1986, p. 9.

³⁶⁶ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, *Case of Agga v. Greece*, sentencia del 17 de octubre de 2002, párrafo 52.

cambiar de religión o de creencia probablemente sería letra muerta.³⁶⁷ En un caso en que un Testigo de Jehová fue arrestado y condenado al pago de una multa, así como a la confiscación y destrucción de cuatro folletos religiosos, por haber intentado entrometerse en las creencias religiosas de una persona de una religión diferente, con la intención de cambiar esas creencias, la Corte Europea determinó que esas medidas no eran proporcionadas ni necesarias en una sociedad democrática para proteger los derechos de otro, y que por lo tanto constituían una violación de su libertad de conciencia y religión;³⁶⁸ sin embargo, a pesar de que el peticionario también había alegado la violación de su libertad de expresión, a partir de su determinación anterior, la Corte consideró innecesario pronunciarse sobre este aspecto como una violación adicional de la Convención.³⁶⁹ En el mismo sentido, en un caso en el que los tribunales griegos condenaron a una persona sobre la base de que ésta había emitido mensajes de contenido religioso, y que había firmado documentos como líder musulmán de la ciudad de Xanthi, el tribunal europeo señaló que el sancionar a una persona por presentarse como el líder religioso de un grupo que voluntariamente lo seguía, difícilmente podía considerarse compatible con los requerimientos del pluralismo religioso en una sociedad democrática; pero nuevamente, habiendo declarado que esos hechos constituían una violación de la libertad de conciencia y religión, no estimó necesario examinar si también configuraban una violación de la libertad de expresión, pues esto no planteaba aspectos distintos que considerar.³⁷⁰ Sin duda, muchos aspectos de la libertad de conciencia y religión no son otra cosa que una manifestación de la libertad de expresión, en un ámbito definido por el tipo de ideas e informaciones que se intercambian.

La Corte Suprema de los Estados Unidos no ha puesto en duda que la diseminación de ideas y doctrinas religiosas está protegida por la garantía de la libertad de expresión, pero ha rechazado que, sobre esta base, y teniendo en cuenta la autoridad del Estado para que éste pueda ponderar la libertad de expresión con otros derechos o intereses, un grupo religioso pueda reclamar derechos superiores a aquellos que disfrutaban los

³⁶⁷ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Kokkinakis v. Greece*, sentencia del 19 de abril de 1993, párrafo 31.

³⁶⁸ *Ibidem*, párrafo 49.

³⁶⁹ *Ibidem*, párrafos 54 y 55.

³⁷⁰ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, *Case of Agga v. Greece*, sentencia del 17 de octubre de 2002, párrafos 58 y 63.

miembros de otros grupos religiosos. En consecuencia, en un caso en que la Sociedad Internacional por la Conciencia Krishna, grupo religioso que incluye entre sus ritos la práctica del sankirtan, que obliga a sus miembros a ir a los lugares públicos a distribuir o vender literatura religiosa y a solicitar donaciones para la religión krishna, lo cual no podían hacer en la feria anual de la Sociedad Agrícola de Minnesota, cuyos reglamentos disponían que cualquier persona, grupo o empresa que deseara vender, exhibir o distribuir algún material durante la feria debía hacerlo desde los puestos fijos que podían alquilar de los organizadores de la feria, la Corte sostuvo que la inclusión de métodos extravagantes para recolectar dinero, como parte de los rituales de una iglesia, no le da derecho a ese grupo derechos superiores a los de otras organizaciones religiosas que también solicitan dinero en público, pero que ritualizan ese proceso; en opinión del tribunal, las organizaciones religiosas tienen el mismo derecho a comunicar sus mensajes, distribuir literatura y solicitar contribuciones financieras en una feria pública, que el que tienen otras organizaciones sociales, políticas o ideológicas, para hacer proselitismo en esas instalaciones.³⁷¹

Es evidente que la libertad de conciencia y religión contiene elementos distintos a la libertad de expresión; pero, indudablemente, la manifestación de las creencias religiosas es parte de la libertad de expresión. Tampoco se puede perder de vista que, eventualmente, un sermón religioso también puede tener un fuerte contenido político.

3. *La expresión académica y científica*

La libertad de expresión no puede ser ajena al quehacer de la comunidad académica y científica; después de todo, es allí donde se generan y se debaten las ideas, donde se produce el grueso del conocimiento, y donde se produce una significativa porción de la información que se transmite a la sociedad sobre los aspectos más variados; ese conocimiento estimula e inspira un debate en el que participa toda la sociedad. Gran parte de los avances científicos y técnicos de que hoy disfrutamos no hubieran sido posibles sin la libre circulación de los resultados de la investigación científica y técnica.

³⁷¹ Cfr. *Heffron v. Int'l Soc. for Krishna Consc.*, 452 U.S. 640 (1981).

Los ejemplos de Sócrates, Galileo, Giordano Bruno, Miguel Servet, Juan Hus, y tantos otros intelectuales y hombres de ciencia que pagaron con sangre (cuando no con su propia vida) el precio por exponer sus ideas, reflejan dramáticamente la relevancia de la libertad de expresión como garante del discurso académico y como herramienta indispensable para el progreso y desarrollo de la humanidad, tanto en la esfera cultural como en la técnica y científica. La libertad de pensamiento y expresión es de la esencia de la actividad y de la vida universitaria, cuya función no se reduce a transmitir el conocimiento ya existente, sino que incluye la exploración de sus límites y posibilidades, haciendo posible su expansión; de manera que, en un ambiente académico, cualquier regulación del contenido de la expresión es incompatible con la investigación y difusión del conocimiento.

El artículo 5, número 3, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, refleja exactamente la importancia de la libertad de expresión en la esfera científica y académica, al señalar que “El arte y la ciencia, y la investigación y la enseñanza son libres”. Asimismo, el artículo 20 de la Constitución española, en sus letras b y c, dispone, *inter alia*, que se reconocen y protegen los derechos a la producción científica y técnica, y a la libertad de cátedra. En el mismo sentido, el artículo 20, número 1, de la Constitución española, en sus letras b y c, reconoce el derecho a la producción científica y técnica, y a la libertad de cátedra. Asimismo, el artículo 5, numeral IX, de la Constitución de Brasil, señala que es libre la expresión de la actividad intelectual, artística, científica, y de comunicación, sin necesidad de censura o licencia. En cuanto a la Constitución del Perú, ésta expresa, en su artículo 2, número 8, que toda persona tiene derecho, *inter alia*, a la creación intelectual, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y al producto de las mismas. Por su parte, la Constitución de la República de Sudáfrica³⁷² expresa, igualmente, en su artículo 16, núm. 1, letra, d, que la libertad de expresión incluye la libertad académica y la libertad de investigación científica.

Dentro de este orden de ideas, la libertad de expresión puede ser vista desde una perspectiva eminentemente utilitaria, pues una sociedad sólo puede avanzar y progresar en un marco adecuado para la discusión, la investigación y el intercambio de ideas. En este sentido, no es aventurado sugerir que la liberalización experimentada en China, después de la

³⁷² Adoptada el 8 de mayo de 1996.

muerte de Mao Tse-Tung, así como el proceso que siguió al derrumbe de la antigua Unión Soviética —al igual que el proceso similar ocurrido en el resto de los países de Europa Oriental— en cuanto ellos incidieron favorablemente en la libertad de expresión, deben ser vistos no solamente desde una perspectiva política (que sin duda la tienen), sino también desde el punto de vista de las oportunidades que tales procesos podían brindar a sus pueblos en la esfera del desarrollo científico y tecnológico, y la forma como éste podía, a la vez, repercutir en su desarrollo económico.³⁷³ Esta conexión ha sido analizada por el premio Nóbel de Economía, Amartya Sen, quien ha señalado que la expansión de la libertad es el principal objetivo y el principal medio para el desarrollo; porque el desarrollo consiste en la remoción de los obstáculos de la libertad, que dejan a la gente con pocas opciones y pocas oportunidades para ejercerla;³⁷⁴ en su opinión, las libertades políticas —entre las cuales la libertad de expresión ocupa un lugar destacado—, son un instrumento para el desarrollo.³⁷⁵ Las libertades políticas contribuyen a salvaguardar las libertades económicas.³⁷⁶

Pero no debe perderse de vista que la expresión académica o científica no tiene, necesariamente, un carácter neutral, y que puede incidir en diversos aspectos de la vida pública. En el caso de *Wille v. Liechtenstein*, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que si bien la conferencia dictada por el peticionario se refería a asuntos de derecho constitucional, y más específicamente a la cuestión de si uno de los órganos soberanos del Estado estaba sujeto a la jurisdicción de la Corte Constitucional, inevitablemente tenía implicaciones políticas;³⁷⁷ según el gobierno, la mencionada conferencia contenía controversiales afirmaciones políticas y una sutil provocación del soberano de Liechtenstein.³⁷⁸ En el caso *Hertel v. Switzerland*, la incidencia de un artículo académico, publicado en el *Journal Franz Weber*, no se reflejó en la política, sino en la economía de mercado, puesto que sugería que el uso de un determinado producto tenía un efecto

³⁷³ Respecto del proceso político en China, tales comentarios han sido previamente formulados por Jerome Cohen, desde 1979, en sus clases y conferencias en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.

³⁷⁴ Cfr. Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. XII.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 38.

³⁷⁶ *Ibidem*, pp. 51 y ss.

³⁷⁷ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wille v. Liechtenstein*, sentencia del 28 de octubre de 1999, párrafo 67.

³⁷⁸ Cfr. *ibidem*, párrafo 60.

pernicioso para la salud de las personas; sin embargo, el tribunal europeo tampoco le atribuyó una connotación distinta a la de otro tipo de mensajes; sin embargo, la Corte subrayó que la restricción de la libertad de expresión que se había impuesto al señor Hertel, prohibiéndole manifestar determinadas ideas, las cuales se situaban en el núcleo de su punto de vista sobre el particular, tenía el efecto de censurar su trabajo y reducir sustancialmente su capacidad para presentar esas ideas en un debate público.³⁷⁹

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha reconocido la especial importancia de la libertad académica como parte de la garantía constitucional de la libertad de expresión; en su opinión, la libertad de expresión involucra un firme compromiso con la libertad académica, que tiene un valor trascendental para todos los miembros del cuerpo social, y no solamente para los profesores, pues la primera enmienda no tolera leyes que pretendan imponer un cierto tipo de ortodoxia en el salón de clases.³⁸⁰ A juicio de la Corte, la libertad académica es vital para asegurar la búsqueda de la verdad, que la garantía constitucional de la libertad de expresión pretende proteger.³⁸¹ Según el citado tribunal, la junta directiva de un colegio no puede remover los libros de la biblioteca simplemente porque a ellos les disgustan las ideas contenidas en esos libros, ni puede buscar indicar, mediante su remoción, qué es lo que se considera ortodoxo en materia de política, de nacionalismo, de religión, o de otro asunto sobre el cual pueda haber más de una opinión.³⁸² En su opinión, las escuelas operadas por el Estado no pueden ser enclaves totalitarios, y los estudiantes no pueden ser vistos como meros recipientes, en un circuito cerrado, de lo que el Estado decide comunicarles.³⁸³ El Estado no puede intentar controlar o influir en el contenido del discurso académico, ya sea acercándolo o alejándolo de determinados temas o puntos de vista, mediante la selección de los profesores o por otros medios; no importa si se trata de instituciones académicas públicas o privadas, pues en ambos casos se estaría interfiriendo con la libertad de expresión pero, obviamente, esa circunstancia sería más que evidente en el caso de instituciones académicas estatales,

³⁷⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Hertel v. Switzerland*, sentencia del 25 de agosto de 1998, párrafo 50.

³⁸⁰ *Cfr.* *Keyishian v. Board of Regents of University of New York*, 385 U.S. 589 (1967).

³⁸¹ *Cfr.* *Adler v. Board of Education of City of New York*, 342 U.S. 485 (1952).

³⁸² *Cfr.* *Board of Education v. Pico*, 457 U.S. 853 (1982).

³⁸³ *Cfr.* *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969).

en que el Estado sería simultáneamente el orador y el órgano regulador de lo que se puede decir.³⁸⁴

La libertad académica —o la libertad de cátedra— debe ser vista en una doble dimensión, incluyendo tanto la libertad de las instituciones académicas para investigar y enseñar lo que les parezca conveniente como la libertad de los miembros de esas instituciones para abordar esos u otros temas con igual libertad. Por consiguiente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha rechazado que el Estado pueda regular el contenido de lo que puedan manifestar aquellos afiliados con una institución académica, por lo que ha anulado la condena de una persona encontrada culpable de desacato por rehusar contestar una pregunta acerca del contenido de una clase que esa misma persona había dictado en la universidad,³⁸⁵ y ha anulado leyes que requieren de los empleados públicos —incluyendo los profesores de las universidades estatales— declarar su condición de miembros del Partido Comunista.³⁸⁶ Aceptar lo contrario sería admitir que se ponga una camisa de fuerza a los líderes intelectuales de nuestras universidades e instituciones académicas.³⁸⁷

Por otra parte, el Estado no puede interferir con decisiones estrictamente académicas, como es la evaluación de un examen o de una tesis doctoral, o como puede ser el proceso de selección de los profesores o estudiantes de una universidad. En este sentido, respetuosa de este principio de legitimidad de las decisiones académicas, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que un juez al que se le pida revisar la sustancia de una decisión genuinamente académica debe mostrar mucho respeto por el criterio profesional de los miembros de una facultad universitaria.³⁸⁸ Sin embargo, ese mismo tribunal ha rechazado que la garantía constitucional de la libertad de expresión se pueda extender hasta el punto de incluir, como parte de la libertad académica, el derecho a proteger la confidencialidad de la información considerada por los pares de un profesor para decidir sobre su ubicación en el escalafón universitario; según la Corte, este derecho no es tan amplio como para impedir la revisión de los documentos considerados por ellos, y que pudieran servir pa-

³⁸⁴ *Cfr.* *University of Pennsylvania v. Equal Employment Opportunity Commission*, 493 U.S. 182 (1990).

³⁸⁵ *Cfr.* *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957).

³⁸⁶ *Cfr.* *Keyishian v. Board of Regents of University of New York*, 385 U.S. 589 (1967).

³⁸⁷ *Cfr.* *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957).

³⁸⁸ *Cfr.* *Regents of University of Michigan v. Ewing*, 474 U.S. 214 (1985).

ra evaluar si en esa decisión ha habido algún elemento de discriminación por razones de sexo, origen nacional, racial, o de otro tipo.³⁸⁹

4. *La expresión artística, la literatura y la poesía*

Pronto descubrí que la defensa de la poesía, menospreciada en nuestro siglo, era inseparable de la defensa de la libertad. De ahí mi interés apasionado por los asuntos políticos y sociales que han agitado a nuestro tiempo.

Octavio PAZ, en *Poesía, mito, revolución* (1989).

Sin duda, la literatura y la poesía son mucho más que una simple forma que asume la expresión de las ideas. Ambas presentan, con un estilo que pone especial énfasis en la estética, ideas, pensamientos y sentimientos de naturaleza muy variada. Sin embargo, en su caso, con frecuencia se confunde la forma con el contenido, asumiendo que el mensaje poético o literario tiene —en sí mismo— un contenido distinto del mensaje puramente político, religioso, académico o científico. Sobre este particular, parece pertinente recordar la observación de Octavio Paz, en el sentido que, “desde el alba del mundo moderno, singularmente a partir del siglo XVIII, el canto del poeta, sin cesar de ser canto, se vuelve reflexión y crítica”.³⁹⁰

En todo caso, la literatura y la poesía como tales, o los mensajes de carácter poético o literario, se encuentran igualmente protegidos por la libertad de expresión. Sin embargo, la Constitución del Perú se refiere a la misma en forma expresa, en su artículo 2, número 8, indicando que toda persona tiene derecho a la creación artística, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y al producto de las mismas.

³⁸⁹ *Cfr.* University of Pennsylvania v. Equal Employment Opportunity Commission, 493 U.S. 182 (1990).

³⁹⁰ *Cfr.* Octavio Paz, “La letra y el cetro”, publicado originalmente en octubre de 1972, como presentación del núm. 13 de la revista *Plural*, dedicado al tema “Los escritores y el poder”, y reproducido en Paz, Octavio, *Sueño en libertad: escritos políticos*, selección y prólogo de Yvon Grenier, Barcelona, Seix Barral Biblioteca Breve, 2001, p. 315.

En el caso Karatas, la Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la pertinencia de los mensajes de contenido literario o artístico como parte de la expresión protegida. En esta ocasión, refiriéndose a una antología de poemas que había sido confiscada y cuyo autor había sido encarcelado y multado, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos “protege no solamente la sustancia de las ideas y de la información expresada sino también la forma en que ella se transmite”.³⁹¹ En el presente caso, el tribunal también dejó constancia de la “dimensión obviamente política” de los poemas objeto de la controversia.³⁹² Pero es interesante observar que el afectado había puesto especial énfasis en la circunstancia de que había sido condenado por una obra literaria que, en su opinión, “debía ser tratada como tal”,³⁹³ y que la Comisión subrayó ante la Corte lo que consideraba “las prerrogativas de un poeta”.³⁹⁴

Es interesante destacar que, en el caso de la prohibición de la película *La última tentación de Cristo*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegó en forma explícita que el objeto de la libertad de expresión es proteger y fomentar el acceso a informaciones, ideas y expresiones “artísticas” de toda índole, y que el deber de no interferir con el derecho de acceso a información de todo tipo se extiende a la circulación de información y a la exhibición de obras artísticas que puedan no contar con el beneplácito personal de quienes representan la autoridad estatal en un momento dado.³⁹⁵ En sus alegatos ante la Corte, en este mismo caso, el Estado de Chile sostuvo que la libre expresión de ideas y creaciones culturales forma parte de la esencia de una sociedad de hombres libres, dispuestos a encontrar la verdad a través del diálogo y la discusión, y no mediante la imposición o la censura.³⁹⁶

³⁹¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 49.

³⁹² *Ibidem*, párrafo 50.

³⁹³ *Ibidem*, párrafo 44.

³⁹⁴ *Ibidem*, párrafo 47.

³⁹⁵ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 61, letras b y c.

³⁹⁶ *Ibidem*, párrafo 62, letra b.

5. *La expresión comercial*

Por expresión comercial nos referimos a los mensajes de interés exclusivamente económico, tanto para el autor de los mismos como para su audiencia; no se trata de los mensajes que por sí solos procuran obtener una ganancia (como la publicación de un libro o la clase de un profesor), sino aquellos que promueven la realización de transacciones económicas, tales como el anuncio de un producto o un servicio con fines comerciales. Partiendo de la premisa de que la libertad de expresión es una libertad del espíritu y no una libertad empresarial o un negocio, durante mucho tiempo se asumió que ella no se extendía a la expresión comercial, pues ésta era una expresión de escaso valor social, y sustancialmente distinta de la expresión política. A juicio de Claude-Albert Colliard, las libertades del pensamiento, entre las que figuran la libertad de opinión y la de prensa, tienen un contenido intelectual que corresponde a una actividad humana distinta de las actividades económicas.³⁹⁷ Incluso una reciente sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela sugiere que la expresión de contenido comercial —en la que incluye a los medios de comunicación— no tendría el mismo grado de protección que otro tipo de mensajes; el citado tribunal afirma que el manejo masivo de la noticia usualmente se realiza por empresas mercantiles, con fines de lucro, y que esas empresas son un medio para difundir noticias y opiniones, “muchas de las cuales se insertan más en los cánones publicitarios que en el ejercicio de la libertad de expresión *stricto sensu*, ya que lo que buscan es vender bienes o servicios de manera interesada, más que expresar ideas, conceptos o pensamientos con fines no comerciales”.³⁹⁸

Sin embargo, difícilmente puede asumirse que, en 1791, los redactores de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos distinguían entre los mensajes de contenido comercial y los otros; en realidad, tanto al momento de la aprobación de la primera enmienda como en el periodo inmediatamente anterior, los anuncios constituían una parte sustancial de la prensa colonial, pues los periódicos eran fundamentalmente vehículos para la disseminación de anuncios que invitaban a la ce-

³⁹⁷ Cfr. *Libertés publiques*, 5a. ed., París, Dalloz, 1975, pp. 333 y ss.

³⁹⁸ 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.

lebración de transacciones comerciales. A comienzos del siglo XVIII, Benjamín Franklin incurrió en el periodismo, y no sólo vendía espacio para apoyar su empresa periodística, sino que él mismo utilizaba ese espacio para anunciar las mercancías de su tienda en Filadelfia; esta circunstancia permitió que, en respuesta a los ataques en contra de uno de los anuncios publicados por él, Franklin escribiera un famoso panfleto en defensa de la libertad de prensa, titulado *Apología de los impresores*.³⁹⁹ El origen de esta publicación fue un anuncio, que ni siquiera formaba parte del periódico, sino que apareció como un panfleto, ofreciendo tomar carga y pasajeros para un barco que zarparía para Barbados; al pie de la página de este panfleto se incluía una nota indicando que “no se admitirían mujeres de mal vivir o curas bajo ninguna circunstancia” (“No sea hens nor black gowns will be admitted on any terms”), la cual produjo una reacción indignada del clero, con la consiguiente respuesta de Franklin, señalando que los impresores son educados en la creencia de que los hombres difieren en opiniones, y que ambos lados deberían tener una igual oportunidad de ser escuchados por el público.⁴⁰⁰ De manera que Franklin asumía que los anuncios comerciales formaban parte de aquellas “opiniones” que debían ser escuchadas por el público.

Sin embargo, hasta hace poco tiempo la doctrina y la jurisprudencia habían rechazado esta tesis, que, por lo demás, se consideraba que podía tener efectos negativos respecto de mensajes de carácter científico, literario, o incluso político. En efecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó la protección constitucional de un anuncio comercial, en un caso en el que se impugnaba la aplicación del Código Sanitario del estado de Nueva York a una persona que intentó distribuir un panfleto invitando a visitar un submarino de su propiedad, que se exhibía con fines comerciales. En dicha ocasión, la Corte sostuvo que si bien las calles eran un lugar apropiado para comunicar información o diseminar opiniones, lo cual estaría protegido por la garantía constitucional de la libertad de expresión, la Constitución no imponía ninguna restricción en cuanto a anuncios de carácter puramente comercial; en consecuencia, procedió a revocar la decisión del tribunal inferior, que, en su opinión, no había logrado distinguir entre lo que es de interés público y lo que hace un par-

³⁹⁹ *Apology for Printers*, publicado el 10 de junio de 1731, y reimpresso en *Writings of Benjamin Franklin*, 1907, vol. 2, p. 172.

⁴⁰⁰ Cfr. Troy, Daniel E., “Advertising: Not ‘Low Value’ Speech”, *Yale Journal on Regulation*, vol. 16, núm. 1, winter 1999.

ticular con el propósito de obtener una ganancia.⁴⁰¹ Sin embargo, no pasó mucho tiempo antes de que ese mismo tribunal recordara que los panfletos de Tomas Paine no fueron distribuidos gratuitamente,⁴⁰² y que los anuncios comerciales han sido parte de la cultura estadounidense a lo largo de la historia, desde la época de la Colonia, cuando el público dependía de mensajes comerciales para obtener información vital acerca del mercado, y cuando los periódicos desplegaban anuncios comerciales de bienes y servicios en sus primeras páginas, y los voceros anunciaban el precio de mercancías en la plaza pública; de manera que, de acuerdo con ese papel histórico desempeñado por los mensajes comerciales, el derecho se habría desarrollado para asegurar que los anuncios comerciales proporcionen a los consumidores información precisa acerca de los bienes y servicios disponibles.⁴⁰³ Además, la Corte tuvo suficiente cuidado en subrayar que un mensaje no se convierte en comercial por el mero hecho de estar relacionado con un anuncio en la prensa.⁴⁰⁴ No obstante, hasta 1975 el citado tribunal le negó protección constitucional a la expresión comercial; en 1975 sostuvo que era un error afirmar que la expresión comercial no tenía derecho a la garantía constitucional de la libertad de expresión, o que carecía de valor en el mercado de las ideas,⁴⁰⁵ y al año siguiente señaló que un anuncio que simplemente invita a realizar una transacción comercial no está enteramente alejado de la exposición de ideas, pudiendo ser de tanto interés como el debate político de los asuntos más urgentes.⁴⁰⁶ Si bien se le ha atribuido una posición subordinada en la escala de valores que la libertad de expresión pretende promover,⁴⁰⁷ finalmente, el citado tribunal ha extendido dicha protección a los mensajes de contenido comercial. A juicio de la Corte,

el mercado comercial, al igual que otras esferas de nuestra vida social y cultural, proporcionan un foro donde florecen las ideas y las informaciones. Mientras algunas de esas ideas e informaciones son vitales, otras son

⁴⁰¹ *Cfr.* *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942).

⁴⁰² *Cfr.* *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943).

⁴⁰³ *Cfr.* *44 Liquormart, Inc. et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996).

⁴⁰⁴ *Cfr.* *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). *Cfr.* también, *Pittsburgh Press Co. v. Human Pittsburgh Commission on Human Relations et al.*, 413 U.S. 376 (1973).

⁴⁰⁵ *Cfr.* *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975).

⁴⁰⁶ *Cfr.* *Virginia State Bd. Of Pharmacy v. Virginia Cit. Council*, 425 U.S. 748 (1976).

⁴⁰⁷ *Cfr.* *Ohralik v. Ohio State Bar Assn.*, 436 U.S. 447 (1978).

de escaso valor. Pero la regla general es que sean el orador y la audiencia, no el gobierno, quienes evalúen el valor de la información presentada. En consecuencia, incluso una comunicación que no hace otra cosa que proponer una transacción comercial tiene derecho a la protección de la Primera Enmienda.⁴⁰⁸

Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, los anuncios comerciales, aunque a veces puedan parecer de mal gusto, forman parte de la diseminación de información en cuanto a quién está produciendo y vendiendo qué productos, para qué propósito, y a qué precio; mientras se preserve una economía basada en la libre empresa, la distribución de recursos se hará a través de numerosas decisiones económicas tomadas por los particulares, y que esas decisiones sean inteligentes y bien informadas es un asunto del mayor interés público. De manera que el libre flujo de información comercial es indispensable y está protegido por la garantía constitucional de la libertad de expresión.⁴⁰⁹ La circunstancia de que el Estado pueda regular libremente las transacciones sobre bienes y servicios no autoriza a concluir que el Estado tiene igual potestad para regular la información que se pueda proporcionar acerca de esos bienes y servicios.⁴¹⁰

En sus decisiones más recientes, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha prestado especial atención a la veracidad de la información que se proporciona, señalando, por ejemplo, que es inconstitucional prohibir a una empresa cervecera informar sobre el contenido alcohólico de las bebidas elaboradas a base de cebada malteada;⁴¹¹ asimismo, el mencionado tribunal ha sostenido que si bien la especial naturaleza de la expresión comercial, incluyendo su “mayor objetividad” y su “mayor rigidez”, autoriza al Estado a regular anuncios comerciales potencialmente fraudulentos o engañosos con mayor libertad que otras formas de expresión protegida, la prohibición de anuncios comerciales que proporcionen al público información precisa sobre el precio de los licores al menudeo es una violación de la garantía constitucional de la libertad de expresión, puesto que dicha prohibición recae sobre una información veraz y no engañosa sobre un producto legal. Pero esa diferente naturaleza de la ex-

408 *Virginia State Bd. Of Pharmacy v. Virginia Cit. Council*, 425 U.S. 748 (1976).

409 *Idem*.

410 *Cfr.* 44 *Liquormart, Inc. et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996).

411 *Cfr.* *Rubin v. Coors Brewing Co.*, 514 U.S. 484 (1995).

presión comercial, unida a la autoridad estatal para regular las transacciones comerciales, permitiría que el Estado también pueda regular los mensajes comerciales, que inevitablemente están vinculados a esas transacciones;⁴¹² por lo tanto, el Estado puede requerir, por ejemplo, que los anuncios comerciales aparezcan en determinada forma, que incluyan información adicional de importancia para el consumidor, que incluyan las advertencias o las excepciones de responsabilidad que sean necesarias para evitar el engaño, o que puedan restringir algunas prácticas agresivas de comercialización que tengan el potencial de ejercer una influencia indebida sobre el consumidor.⁴¹³ A juicio del juez Thomas, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el interés del Estado en mantener ignorantes a los consumidores a fin de poder manipular sus elecciones en el mercado es, *per se*, ilegítimo, y no puede justificar una restricción de mensajes de contenido comercial, del mismo modo que tampoco puede justificar restricciones de mensajes de contenido no comercial.⁴¹⁴ Lo que no está protegido por la libertad de expresión son los mensajes que proponen una transacción comercial ilegal, ya sea por la naturaleza de la mercancía o servicio que se ofrece, o porque sugiere un tipo de discriminación inaceptable. En todo caso, es importante resaltar la diferencia que existe entre regular una actividad comercial y regular la libertad de expresión.

En el ámbito de la expresión comercial, la libertad de expresión ha mostrado ser necesaria a fin de permitir la difusión de la publicidad que facilite al ciudadano el acceso al mercado de bienes y servicios de una manera informada y consciente. En este sentido, el artículo 117 de la Constitución de Venezuela dispone que toda persona tiene derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, y a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen.

Desde el punto de vista del consumidor, la importancia de la publicidad comercial parece evidente, y constituye información a la cual éste aspira que debe tener acceso como parte integrante de su libertad de expresión; en cambio, ello no resulta tan claro desde el punto de vista del

⁴¹² Cfr. *Friedman v. Rogers*, 440 U.S. 1 (1979).

⁴¹³ Cfr. *44 Liquormart, Inc. et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996).

⁴¹⁴ Cfr. su opinión concurrente en *44 Liquormart, Inc. et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996).

anunciante, en la medida en que éste ejerce su libertad de expresión con el propósito de obtener un lucro. Pero aun suponiendo que el afán de lucro revista alguna importancia en el ejercicio de la libertad de expresión, la expresión comercial aún estaría protegida para aquel a quien está dirigida, aunque pudiera estar controlada para quien la emite. Sin embargo, por el momento, sólo nos interesa destacar la importancia de la expresión comercial para el consumidor en cuanto información a la que éste debe tener acceso,⁴¹⁵ y en cuanto parte integrante de la libertad de expresión. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, la caracterización de una publicación como un “negocio”, y la calificación de ese negocio como una molestia, no permite invadir la garantía constitucional de la libertad de expresión, que rechaza la censura previa;⁴¹⁶ además, es importante subrayar que este mismo tribunal ha sostenido que si no se pretende socavar las bases del Estado de derecho, empañando el texto claro de la norma constitucional, debe reconocerse que en materia de libertad de expresión las grandes corporaciones empresariales disfrutan de los mismos derechos que los individuos.⁴¹⁷ La jurisprudencia de la Corte ha reconocido la necesidad de dotar a la venta de literatura de la mayor protección, pues prohibir su distribución por la sencilla razón de que es vendida dejaría a las organizaciones que buscan difundir su mensaje sin fondos para operar; el efecto de una disposición que distinga entre la venta y la distribución de literatura sería cerrar el mercado de las ideas a los que poseen menos recursos, dejando la comunicación como el reducto reservado de aquellos que están en capacidad de financiarse; en consecuencia, la prohibición de vender literatura impide la oportunidad de comunicarse a aquellas personas que más la necesitan.⁴¹⁸

Por el contrario, la Corte Federal alemana, en una decisión del 15 de noviembre de 1982, sostuvo que los requerimientos que deben satisfacerse para que la libertad de expresión y de prensa pueda sobreponerse a otros intereses jurídicos no estarían cubiertos cuando lo que se publica en la prensa tiene la intención de promover, en el contexto de la

⁴¹⁵ Especialmente en cuanto a la existencia de un determinado producto, las características del mismo, su precio, el lugar donde se puede adquirir, sus ventajas comparativas con otros semejantes, etc.

⁴¹⁶ *Cfr.* *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

⁴¹⁷ *Cfr.* *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

⁴¹⁸ *Cfr.* la opinión concurrente de los jueces Kennedy, Blackmun, Stevens, y Sotuer, en *International Soc. for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992).

competencia comercial, ciertos intereses económicos en detrimento de otros.⁴¹⁹ En el caso de un artículo publicado en una revista de circulación restringida, que informaba sobre la insatisfacción de un cliente con un producto adquirido de una empresa que no había cumplido su promesa de reembolsar el dinero, y que pedía a sus lectores información adicional sobre las prácticas comerciales de esa empresa, los tribunales alemanes dictaron una orden de prohibición de volver a publicar esa información, y en defensa de esta medida el gobierno alemán alegó ante la Corte Europea de Derechos Humanos que esa práctica caía dentro del ámbito de los negocios, lo cual no estaba amparado por la Convención Europea de Derechos Humanos; en opinión del gobierno alemán, las afirmaciones hechas para fines de competencia comercial caían fuera del núcleo básico protegido por la libertad de expresión y recibían un nivel menor de protección que otras ideas o informaciones.⁴²⁰ Sin embargo, el tribunal europeo señaló que ese artículo contenía información de naturaleza comercial, y que tal información no podía ser excluida del ámbito del artículo 10 de la Convención Europea, el cual no se aplica solamente a un cierto tipo de informaciones o ideas.⁴²¹ Asimismo, en el caso *Jacobowski v. Germany*, que se refería a un mensaje calificado de competencia desleal, la Corte Europea señaló que una medida que coartara la posibilidad de difundir ese tipo de mensajes, sin lugar a dudas, constituía una interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión; según el tribunal europeo, el hecho de que esta libertad se ejerza en una esfera distinta a la discusión de asuntos de interés público no la priva de la protección del artículo 10 de la Convención Europea.⁴²² Previamente, en este mismo caso, la Corte Constitucional Federal alemana había sostenido que si bien la información en cuestión era de naturaleza comercial, esto no significa-

⁴¹⁹ *Cfr. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, volume 62, pp. 230-248, citado por la Corte Europea de Derechos Humanos en *Case of Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann*, sentencia del 20 de noviembre de 1989, párrafo 19.

⁴²⁰ *Cfr.* los puntos de vista del gobierno alemán, citados por la Corte Europea de Derechos Humanos en *Case of Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann*, sentencia del 20 de noviembre de 1989, párrafo 32.

⁴²¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos *Case of Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann*, sentencia del 20 de noviembre de 1989, párrafo 26.

⁴²² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jacobowski v. Germany*, sentencia del 26 de mayo de 1994, párrafo 25.

ba que cesara de estar protegida por el artículo 5, párrafo 1, de la Ley Fundamental alemana.⁴²³

La idea de un mensaje comercial, no protegido por la garantía de la libertad de expresión, también se planteó en el caso *Autronic AG*, por parte del gobierno suizo, el cual sostuvo que la empresa antes mencionada no atribuía ninguna importancia al contenido de las transmisiones satelitales para las cuales solicitaba una licencia, puesto que perseguía un interés puramente económico y técnico. Dicha empresa era una corporación cuyas actividades eran comerciales y, en el caso de la licencia requerida, su único objeto había sido ofrecer una demostración, en una feria, de las capacidades de una antena parabólica producida por ellos, con el propósito de promover su venta; de manera que, a juicio del gobierno suizo, la libertad de expresión ejercida con fines puramente pecuniarios era parte de la libertad económica, la cual se encontraría fuera del campo de la Convención Europea de Derechos Humanos y, en consecuencia, la información adquirida por ese medio no estaba protegida por el artículo 10 de la Convención Europea.⁴²⁴ Sin embargo, la Corte Europea, junto con señalar su jurisprudencia previa sobre el particular, señaló que ni la condición jurídica de la empresa *Autronic AG* ni el hecho de que sus actividades fueran comerciales, ni la naturaleza intrínseca de la libertad de expresión, podían privarla de la protección del artículo 10 de la Convención Europea, el cual resulta aplicable a toda persona, ya sea ésta natural o jurídica; además, la Corte observó que la recepción de programas de televisión por medio de antenas parabólicas está protegida por la libertad de expresión, sin que sea necesario señalar las razones o el propósito para el cual se ejerce este derecho.⁴²⁵ Pero también es muy pertinente lo manifestado por los jueces *Bindschedler-Robert* y *Matscher*, en el sentido que, en los casos precedentes, las empresas que habían invocado la libertad de expresión lo hacían porque el contenido de la información que deseaban diseminar tenía importancia para ellos o para los receptores de esa información; según los jueces antes citados, la libertad de expresión supone un mínimo de identificación entre la persona que la reclama y la

⁴²³ *Cfr.* Corte Constitucional alemana, sentencia del 4 de octubre de 1988, *Deutsche Depeschendienst AG v. Manfred Jacobowski*, citada en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jacobowski v. Germany*, sentencia del 26 de mayo de 1994, párrafo 19.

⁴²⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Autronic AG v. Switzerland*, sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 44.

⁴²⁵ *Ibidem*, párrafo 47.

información que se transmite o se recibe; por el contrario, en el presente caso el contenido de la información (que por mera casualidad eran programas soviéticos en ruso) era un asunto completamente indiferente tanto para la empresa como para los visitantes de la feria comercial que probablemente verían dichos programas; el único propósito era hacer una demostración de las características técnicas de la antena parabólica, para promover su venta.⁴²⁶

La naturaleza principalmente comercial del programa de televisión dedicado exclusivamente a los aspectos relacionados con los automóviles que pretendía transmitir una empresa privada, con el propósito de promover la venta de carros, fue objeto de especial consideración por parte de la Corte Europea a fin de establecer si la negativa de una licencia para transmitir ese tipo de programas constituía una interferencia con la libertad de expresión necesaria en una sociedad democrática. Sobre todo, resulta especialmente digno de atención que el tribunal europeo estimó que cuando lo que está comprometido es un mensaje de contenido comercial, los criterios aplicables para el examen de las medidas que lo restringen pueden ser menos severos que cuando se trata de otro tipo de mensajes, especialmente si éstos son de contenido político.⁴²⁷

En todo caso, tampoco puede pasarse por alto el que el propio artículo 10 de la Convención Europea se refiere a las licencias que pueden requerir para operar las empresas de radiodifusión, de cine, o de televisión, las cuales no estarían allí de no formar parte del contenido de la libertad de expresión.

6. *Las expresiones de carácter residual*

Por muy amplio que sea el contenido de las expresiones antes referidas, todavía queda por saber si las expresiones que tengan un contenido diferente también gozan de protección jurídica.

Sin duda, la libertad de expresión está situada en el centro de una amplia gama de derechos, que se articulan y adquieren sentido precisamente a partir de la libertad de expresión. Pero la naturaleza de esta libertad, en cuanto libertad esencialmente política, que como tal impone una barrera

⁴²⁶ Cfr. su opinión disidente en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Autronic AG v. Switzerland*, sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 1 del voto disidente.

⁴²⁷ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Demuth v. Switzerland*, sentencia del 5 de noviembre de 2002, párrafos 41 y 42.

a la actividad de los órganos del poder público, y cuya conquista significó privar a los Estados de la facultad de restringir la opinión de quienes critiquen a su gobierno o se le opongan, todavía hace resonar la pregunta de por qué se protegen expresiones que no tienen trascendencia pública, como es el caso de la expresión comercial,⁴²⁸ o de la pornografía.

Anteriormente ya hemos hecho referencia a la relación de la libertad de expresión con otros derechos y libertades. El propio Alexander Meiklejohn, que en un primer momento sostuvo que sólo estaban protegidos los mensajes de tipo político, reconsideró su posición inicial y admitió que los mensajes relacionados con la educación, la filosofía, las ciencias sociales, la literatura y las artes también contribuyen a fomentar la capacidad para participar de modo significativo en el autogobierno.⁴²⁹

Además de su relación histórica con la libertad de conciencia y religión, dada su naturaleza, la libertad de expresión se encuentra estrechamente asociada a otros derechos políticos, como el derecho de reunión, el derecho a manifestar, la libertad de asociación, y los derechos políticos propiamente tales; ésta no es una relación puramente accidental y carente de relevancia, sino que es el resultado de su recíproca complementariedad. Todos esos derechos se complementan mutuamente; si bien puede decirse que la libertad de expresión es una consecuencia del ejercicio de esos otros derechos, también hay que observar que aquéllos no son un fin en sí mismos, sino un medio para comunicarse e intercambiar opiniones e informaciones. En este sentido, refiriéndose a la libertad de expresión en el ámbito sindical, el Tribunal Constitucional español ha señalado que “el contenido esencial del derecho a la libertad sindical se encuentra en el derecho a la libertad de información de los representantes de las organizaciones sindicales en el ejercicio de la actividad sindical”.⁴³⁰ Por lo tanto, este mismo tribunal ha observado que el sancionar a un dirigente sindical de la policía por hacer declaraciones a una cadena radiofónica, dos días después de un atentado terrorista que costó la vida

⁴²⁸ Cfr., por ejemplo, Sánchez González, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Jurídicas Marcial Pons, 1992, p. 65.

⁴²⁹ Cfr. *Free Speech and its relation to Self-Government*, Nueva York, Harper & Row, Publishers, Inc., 1948, citado por Barron, Jerome A. y Dienes, C. Thomas, *First Amendment Law*, St. Paul, Minn., West Publishing, 2000, pp. 11 y ss.

⁴³⁰ Sentencia núm. 127/1995, del 25 de julio de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 1361/1994, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 22 de agosto de 1995, núm. 200 (suplemento).

a varios compañeros suyos, en las que criticaba la falta de interés de los mandos policiales y responsables políticos, constituye una vulneración del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, en relación con el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones.⁴³¹

III. EL SENTIDO DE LO QUE SE PROTEGE

En una apretada síntesis, puede afirmarse que esta libertad protege el derecho a expresar nuestras opiniones o a difundir información sobre cualquier materia. En este sentido, en el caso *First National Bank of Boston v. Belloti*, la Corte Suprema de los Estados Unidos observó que pocas restricciones de la libertad de expresión podían ser más ofensivas a la neutralidad que debe observar el Estado que una norma que dicte los temas sobre los cuales se puede hablar, o que indique las personas que pueden comentar sobre un asunto de interés público.⁴³² Además, es interesante observar que, en esta decisión, la Corte puso especial énfasis en que lo que se protege es el mensaje y el interés que una potencial audiencia pueda tener en el mismo, independientemente de cuál sea su origen; según el tribunal, el valor inherente de la expresión, en términos de su capacidad para informar al público, no depende de la identidad de su fuente, y es independiente de que ésta sea una corporación, una asociación, un sindicato o un individuo.⁴³³ De modo que, aunque sea discutible que las corporaciones o asociaciones también son titulares del derecho a expresarse libremente, cualquier restricción dirigida al autor del mensaje constituye, respecto de la eventual audiencia de ese mensaje, una restricción indebida del libre flujo de ideas e informaciones.

Lo que queremos destacar es que la libertad de expresión protege todo tipo de expresión, independientemente de su contenido; tanto los tipos de mensaje indicados previamente como otros que no han sido señalados expresamente, tales como el mensaje de contenido puramente estético o artístico, u otros. Cualquier asunto es digno de discusión y, en principio, nada escapa al manto protector de la libertad de expresión. De hecho, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 13 de la Con-

⁴³¹ *Idem.*

⁴³² *Cfr.* *First National Bank of Boston v. Belloti*, 435 U.S. 765 (1978).

⁴³³ *Idem.*

vención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, expresan que todo individuo tiene derecho a la “libertad de opinión y de expresión”, sin ningún tipo de restricciones en cuanto al contenido de las mismas y sin reducirlas a aquellas que tengan un contenido específico; además, los textos del Pacto y de la Convención Americana resultan especialmente precisos, sin dejar lugar para la duda, al referirse a “informaciones y opiniones de toda índole”. A mayor abundamiento, el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos asegura que nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones —sin importar el contenido o la naturaleza de las mismas—, y que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión.

Es evidente que, de ser de otra manera, este derecho perdería todo sentido, pues cualquiera restricción en una esfera —además de repercutir en las otras— se traduciría en la negación misma del derecho que se pretende garantizar. No siempre es sencillo distinguir entre un discurso de contenido político y otro de carácter puramente científico, literario o religioso, como lo prueba la teoría de la evolución enunciada por Darwin —y que, no obstante su carácter científico, ha tenido un fuerte impacto en algunos sectores religiosos—, o el reciente conflicto entre Irán e Irak —en el cual era difícil distinguir entre los ingredientes religiosos y políticos del mismo—, o el aún no totalmente superado conflicto de Irlanda del Norte, en donde se mezclan elementos religiosos, económicos y políticos. En realidad, si la libertad de expresión sirve para algo es para asegurar el diálogo y la discusión; para permitir el intercambio de ideas de todo orden y, sobre todo, para garantizar el derecho a disentir y a discrepar de las opiniones más ortodoxas en una sociedad, o de aquellas que, independientemente de su grado de aceptación social, corresponden a quienes tienen el control del poder político.

En cuanto a los derechos de la audiencia, el 14 de junio de 1953, Dwight Eisenhower, para entonces presidente de los Estados Unidos, al ser invitado a pronunciar el discurso de graduación en Dartmouth College, expresó: “No crean que Uds. podrán ocultar una falta ocultando la evidencia de que ella existió. No tengan temor de ir a su biblioteca y leer cada libro, con tal que ese documento no ofenda nuestras propias ideas de decencia”.⁴³⁴ En la medida en que la libertad de expresión no puede

⁴³⁴ “Remarks at the Dartmouth College Commencement Exercises”, Hanover, New Hampshire, junio 14 de 1953, en *Public papers of the Presidents of the United States*,

servir como argumento para forzarnos a escuchar (o leer) ideas u opiniones, ya sea que las compartamos o no, tal comentario es sin duda correcto; pero como argumento que acepta la libertad de expresión sólo en cuanto las opiniones que se vayan a emitir nos resulten aceptables, o nos agraden, es absolutamente inaceptable. Permitir el derecho a expresarse sólo a condición de que tales opiniones o expresiones no nos resulten incómodas, o contrarias a nuestra propia manera de pensar, es absurdo. Asumir esa actitud es, por lo menos, arrogante; ese miedo a las ideas constituye una muestra de intolerancia que no sólo es injusta y arbitraria, sino que constituye un serio obstáculo para el progreso y desarrollo de los pueblos, además de una afrenta a la inteligencia tanto del que desea ilustrarnos con su opinión como de aquellos otros que desean tener acceso a tal punto de vista y juzgar por sí mismos. A juicio de Archibald Cox, el hombre que tiene una idea siente la necesidad, e incluso el deber moral, de expresarla; en su opinión, el hombre pensante, el hombre de sentimientos, no puede experimentar mayor afrenta a su condición humana que la negación de su derecho a expresarse.⁴³⁵

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que la protección de la libertad de expresión debe extenderse no sólo a informaciones o ideas que nos resultan aceptables, sino también a aquellas que ofenden, resultan chocantes o perturban a la mayoría.⁴³⁶ En efecto, el verdadero valor de la libertad de expresión no consiste en permitir la manifestación y difusión del pensamiento más ortodoxo; sólo un régimen tiránico podría limitar el ejercicio de este derecho a sus partidarios. El que un determinado mensaje sea efectivo y logre convencer no lo hace menos digno de protección que un mensaje que carezca de la eficacia para convencer, porque de lo contrario la libertad de expresión estaría reservada para aquellas situaciones en que es menos necesaria.⁴³⁷ Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, la libre expresión de las ideas no puede ser coartada simplemente porque las ideas de que se trate son, en sí mismas,

Office of the Federal Register, National Archives and Records Service, citado por Charles Rembar, en *The End of Obscenity*, Nueva York, Harper & Row Publishers, 1968, p. 7.

⁴³⁵ Cfr., *Freedom of Expression*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 1.

⁴³⁶ Cfr. caso *Castells v. Spain*, sentencia del 23 de abril de 1992, párrafo 20.

⁴³⁷ Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Terminiello v. Chicago*, 337 U. S. 1 (1949).

ofensivas para algunos de aquellos que forman parte de una eventual audiencia.⁴³⁸ La importancia de la libertad de expresión radica en el derecho de las minorías, y de las personas de mente original o excéntrica, a expresar ideas impopulares o, incluso, desagradables. Sin la posibilidad de disentir no puede haber libertad de expresión.

IV. EL ÁMBITO GEOGRÁFICO DE SU PROTECCIÓN

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como las dos convenciones regionales indican que éste es un derecho que tiene toda persona y que puede ejercer sin consideración de fronteras. Aunque pueda pensarse que una norma de tal naturaleza no es sino una consecuencia lógica del acceso a los modernos medios de comunicación, éste es un aspecto que parece no haber recibido suficiente atención por parte de la doctrina. Sin duda, para los Estados resulta cada vez más difícil controlar la información que entra o que sale de su territorio, ya sea a través de sus aduanas o como resultado de transmisiones radioeléctricas. En el mundo de hoy, la posibilidad de comunicarse a través de las fronteras es un elemento esencial del sentido moderno de la democracia.

En la jurisprudencia de los tribunales internacionales tampoco son muchas las instancias en que se haya puesto de relieve precisamente este elemento. No obstante, su relevancia se hizo palpable en 1984, en el caso de una radioemisora situada en territorio italiano, que originalmente transmitía en forma directa hacia Suiza, y que —luego de la desaparición del monopolio estatal de la radio suiza y de otros cambios legislativos— retransmitía sus programas en ese país a través de una empresa de suscripción por cable. Las autoridades suizas sometieron las transmisiones por cable al otorgamiento de una licencia, e informaron a la empresa que recibía las transmisiones de radio Groppera a través del espectro radioeléctrico y que las retransmitía por cable, que esas transmisiones de radio Groppera no cumplían con las normas internacionales en vigor y que, por lo tanto, eran ilegales. Quienes se sentían afectados por esta decisión recurrieron a la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos, alegando que la prohibición de las autoridades suizas de retransmitir por cable programas radiales originados en Italia infringía su derecho a impar-

⁴³⁸ *Cfr.* Spence v. Washington, 418 U.S. 405 (1974).

tir informaciones e ideas sin consideración de fronteras.⁴³⁹ Además, esa decisión de las autoridades suizas impidió a los suscriptores del servicio de cable recibir esas transmisiones, lo cual constituía una prohibición del contenido de sus programas; dicha prohibición resultaba especialmente grave en un país como Suiza, en donde el terreno montañoso con frecuencia hace imposible recibir las señales del espectro radioeléctrico, y en donde dos tercios de su población reciben transmisiones por cable.⁴⁴⁰ La Corte Europea no abordó directamente este aspecto, ni consideró la relevancia de la expresión “sin consideración de fronteras”; sencillamente, señaló que las autoridades suizas habían adoptado una medida legítima en contra de lo que razonablemente se podía sostener que era una estación de radio suiza, que operaba desde el otro lado de la frontera para evadir las normas legales vigentes en Suiza.⁴⁴¹ Lo que no explica la sentencia es por qué era necesario prohibir la retransmisión por cable de un programa originado en otro país. En su opinión disidente, el juez Pettiti, junto con destacar la importancia crucial de la libertad de expresión en el área de las telecomunicaciones, recordó que los países de Europa del este habían tomado el camino de la democracia gracias al estímulo de las transmisiones radiales que recibían a través de la frontera.⁴⁴²

La importancia de este elemento también se destacó en 1982, en momentos en que aún existía la Unión Soviética, y cuando no había muchos satélites que transmitieran señales de radio o de televisión; en esa oportunidad, en el caso *Autronic AG*, las autoridades suizas se negaron a conceder, a una empresa fabricante de antenas parabólicas, una licencia para recibir transmisiones de televisión no codificada, procedentes de un satélite de telecomunicaciones soviético. El gobierno suizo alegó que, de acuerdo con la Convención Internacional de Telecomunicaciones, a diferencia de las transmisiones procedentes de satélites de transmisión, los Estados tenían el deber de mantener el secreto de las transmisiones procedentes de satélites de telecomunicaciones; en consecuencia, las empresas difusoras debían obtener una licencia tanto para recibir esas transmisiones como para retransmitirlas pero el otorgamiento de esa licencia

⁴³⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Groppera Radio AG and others*, sentencia del 22 de febrero de 1990, párrafos 19 y 43.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, párrafo 53.

⁴⁴¹ *Ibidem*, párrafo 73.

⁴⁴² *Cfr.* su opinión disidente en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Groppera Radio AG and others*, sentencia del 22 de febrero de 1990.

estaba sujeto al consentimiento de las autoridades del Estado en donde se originaban esas transmisiones.⁴⁴³ Si bien la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos alegó que, de acuerdo con el artículo 10 de la Convención Europea, la libertad de expresión se reconocía “sin consideración de fronteras” y que, por lo tanto, los Estados sólo podían restringir información procedente del extranjero con los propósitos y en las condiciones previstas en el párrafo 2 de la misma disposición, la Corte Europea no consideró necesario examinar las implicaciones prácticas de dicha expresión.⁴⁴⁴

⁴⁴³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Autronic AG v. Switzerland*, sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 51.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 50.