

CAPÍTULO TERCERO

LOS MEDIOS DE EXPRESIÓN	163
I. La expresión oral y la expresión escrita	168
II. La distinción entre expresión y conducta	170
III. La expresión verbal y la expresión artística	187
IV. Las formas de expresión colectiva	192
V. La expansión de los medios de comunicación: de Guten- berg al ciberespacio	196
VI. La prensa y los medios de comunicación social	202
1. La naturaleza de los medios de comunicación social	211
2. La función de los medios de comunicación social	214

CAPÍTULO TERCERO

LOS MEDIOS DE EXPRESIÓN

El medio es el mensaje
Marshall MCLUHAN

Uno de los problemas más complejos que plantea la libertad de expresión es el que se refiere a los medios de expresión, en cuanto vía para comunicarnos con los demás. Sin duda, el primer elemento al servicio de la comunicación fue la palabra hablada; pero desde que en Mesopotamia el pueblo de Uruk inventó la escritura, y desde que ésta pasó de un sistema ideográfico a uno alfabético, como el que usamos actualmente, el hombre ha dispuesto de una amplia gama de instrumentos para comunicarse y fijar su mensaje. En realidad, a juicio de Marshall McLuhan, lo importante no es tanto el contenido de la comunicación como la forma que ella adopta; porque el efecto que causa en el receptor una comunicación no depende de las ideas transmitidas, sino del medio de comunicación empleado, que cambia la visión del mundo.⁴⁴⁵ Anticipándose a McLuhan, esta idea parece haber estado latente en el pensamiento de Kemal Atatürk, el constructor de la Turquía moderna, que en 1929 ordenó sustituir la escritura árabe por el alfabeto occidental, por considerar que de esa forma se subrayaría que el lugar de Turquía estaba en el “mundo civilizado”.⁴⁴⁶

Algunos de los medios de comunicación actualmente disponibles eran inimaginables hace un par de siglos, cuando se elaboraron la mayor parte de los instrumentos jurídicos que hoy consagran esta libertad, y que en su mayoría se refieren únicamente a la libertad de palabra y a la de pren-

⁴⁴⁵ Cfr. *El medio es el mensaje*, traducción de León Mirlas, Buenos Aires, Piados, 1969.

⁴⁴⁶ Cfr. Asa Briggs y Peter Burke, en *De Gutenberg a internet: una historia social de los medios de comunicación*, Madrid, Taurus, 2002, p. 24.

sa.⁴⁴⁷ No obstante, la palabra “prensa” ha sido interpretada en un sentido suficientemente amplio como para comprender todas las formas en que se pueda exteriorizar el pensamiento, poniendo en conocimiento del público ideas, opiniones o informaciones, ya sea que éstas se presenten en forma de libro, periódico, panfleto o incluso que se transmitan por medios radioeléctricos;⁴⁴⁸ en efecto, según el Tribunal Constitucional de España, la prensa, entendida en su más amplia acepción, incluye sus modalidades cinematográfica, radiofónica o televisiva.⁴⁴⁹ Si bien la Corte Suprema de los Estados Unidos le ha dado a la noción de prensa una connotación puramente escrita, ella ha señalado que ésta incluye no solamente los periódicos, libros y revistas, sino también los más humildes panfletos y circulares.⁴⁵⁰ Asimismo, la expresión “publicación” ha sido interpretada como la comunicación o actuación dirigida a un número relativamente amplio de personas, y no necesariamente como expresión escrita;⁴⁵¹ es decir, una expresión que, por cualquier medio, está dirigida a hacerse pública.

En el mundo de hoy, parece innecesario insistir en que el mayor o menor impacto de un mensaje no depende tanto de su contenido como del medio empleado para acceder al mercado de las ideas, alcanzando al número más amplio posible de personas; por muy potente que sea la voz humana o la fuerza de la palabra escrita, por sí solas, ellas tienen un alcance limitado, que —a falta de un medio idóneo para difundirla— no permite acceder a una audiencia vasta y amplia. Pero, además de su carácter instrumental, es importante recordar lo sostenido por la Corte Eu-

⁴⁴⁷ *Cfr.*, por ejemplo, el artículo XII de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (del 12 de junio de 1776), la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (en vigor desde el 15 de diciembre de 1791). *Cfr.* también los artículos 14 y 32 de la Constitución de Argentina que, sin perjuicio de sus reformas posteriores, se remonta al 1o. de mayo de 1853, y que dispone que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de publicar sus ideas “por la prensa”, y que el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de “imprensa”.

⁴⁴⁸ *Cfr.*, por ejemplo, Alsina, Jorge Bustamante, “La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la ‘actual malice’”, en *Campus*, Buenos Aires, año IV, núm. XVI, octubre de 1997, p. 5.

⁴⁴⁹ *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).

⁴⁵⁰ *Cfr.* *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966).

⁴⁵¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 27.

ropea de Derechos Humanos en el sentido que el artículo 10 de la Convención Europea —al igual que como lo hacen la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— protege no solamente la sustancia de las ideas e informaciones expresadas, sino también la forma en que ellas se comunican.⁴⁵²

Al tenor del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la libertad de expresión incluye el derecho de difundir informaciones y opiniones “por cualquier medio de expresión”. En el mismo sentido, los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señalan que la libertad de expresión comprende la libertad de difundir informaciones e ideas de toda índole, “ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. A mayor abundamiento, el artículo 13, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que éste tendrá derecho a la libertad de expresión, el cual incluye la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística, o por cualquier otro medio “elegido por el niño”. La circunstancia de que en los instrumentos antes referidos no se contenga una enunciación taxativa de los medios de expresión —sin perjuicio de mencionar los principales— tiene la ventaja de dejar abierta la puerta a todas las posibilidades que ofrezca el desarrollo científico y tecnológico como medios idóneos para ejercer este derecho.

Por el contrario, la Convención Europea no se refiere específicamente a los medios de expresión; pero la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha dejado claramente establecido que lo dispuesto en el artículo 10 de la Convención Europea resulta aplicable no sólo al contenido de la información, sino también a los medios de transmisión o recepción, puesto que cualquier restricción impuesta en los medios necesariamente interfiere con el derecho a recibir y difundir información;⁴⁵³ la Corte recuerda que, en realidad, el artículo 10 de la Convención menciona expresamente a ciertas empresas que están especialmente involucra-

⁴⁵² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafo 31. *Cfr.*, también, Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Perna v. Italy*, sentencia del 25 de julio de 2001, párrafo 42.

⁴⁵³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Autronic AG v. Switzerland*, sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 47.

das con los medios de transmisión de la información.⁴⁵⁴ En particular, el tribunal europeo ha señalado que la protección del artículo 10 de la Convención se extiende a expresiones orales, declaraciones escritas o impresas, y a las manifestaciones artísticas.⁴⁵⁵

Como corolario de lo anterior, en el caso de una persona que había sido sancionada por su participación en una manifestación pública, el tribunal europeo sostuvo que la garantía de la libertad de expresión (prevista en el artículo 10 de la Convención Europea) tenía que considerarse como una ley general, con relación al derecho de reunión (previsto en el artículo 11 de la Convención Europea), que sería la ley especial, y que, por lo tanto, era innecesario considerar ambos derechos separadamente.⁴⁵⁶ Según la Corte, no obstante la función autónoma del derecho de reunión y manifestación, y no obstante la particular esfera de aplicación de este derecho, el mismo debe ser considerado a la luz del derecho a la libertad de expresión, porque la protección de las opiniones personales —garantizada por la libertad de expresión prevista en el artículo 10 de la Convención— es uno de los objetivos del derecho de reunión consagrado en el artículo 11 de la Convención.⁴⁵⁷ El tribunal ha señalado que la libertad de expresión puede ejercerse “por medio de la palabra, gestos, o incluso el silencio de personas reunidas en las calles o en otros sitios públicos”.⁴⁵⁸ A mayor abundamiento, la Corte ha sostenido que el artículo 10 de la Convención Europea protege no solamente la esencia de las ideas e informaciones contenidas en el mensaje, sino también la forma en que ellas se comunican.⁴⁵⁹

Por otra parte, la Convención Europea de Derechos Humanos indica que tal derecho se puede ejercer “sin consideración de fronteras” —como también lo hacen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos— lo cual sugiere que las informaciones e ideas que se buscan, que se reciben, o que se difunden en el extranjero no pueden estar sometidas a otras restriccio-

⁴⁵⁴ *Idem*.

⁴⁵⁵ *Cfr.*, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Müller and others*, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 27.

⁴⁵⁶ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ezelin v. France*, sentencia del 18 de marzo de 1991, párrafo 35.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, párrafo 37.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, párrafo 52.

⁴⁵⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Oberschlick v. Austria*, sentencia del 23 de mayo de 1991, párrafo 57.

nes que las mencionadas específicamente por los instrumentos internacionales a que ya se ha hecho referencia.⁴⁶⁰ Esta circunstancia pone de relieve dos elementos de fundamental importancia: 1) en primer lugar, tales disposiciones subrayan que la protección de la libertad de expresión, como la de todos los derechos humanos, se aplica con absoluta independencia de la nacionalidad del interesado; 2) en segundo lugar, estas disposiciones consagran el principio de la libre circulación de las informaciones e ideas, con todas las consecuencias que ello supone para la protección de los periodistas o corresponsales extranjeros, para las transmisiones por satélite o las comunicaciones vía internet, y para la prohibición de interferencias de emisiones radiales procedentes del extranjero.

Pero los medios de comunicación actualmente disponibles, por su grado de sofisticación, en términos prácticos, están casi completamente al margen de cualquier tipo de control efectivo, y cada uno de ellos sugiere la necesidad de un tratamiento diferenciado. Además, en la medida en que los modernos medios de comunicación social —como la prensa, la radio y la televisión— suelen estar en manos de inmensas corporaciones, mayoritariamente de carácter privado, este punto también está íntimamente relacionado con la determinación del sujeto de la libertad de expresión.

Por otra parte, tampoco se puede perder de vista la estrecha relación que existe entre los derechos de reunión y de manifestación con la libertad de expresión; la función de los primeros es servir de instrumento para que se materialice el ejercicio de esta última. Cualquier restricción que afecte el ejercicio del derecho de reunión obstaculiza o restringe la manifestación del pensamiento. De manera semejante, la libertad de expresión también está íntimamente relacionada con la libertad de asociación, no solamente en el caso de aquellas asociaciones que persiguen fines políticos, religiosos o intelectuales, sino incluso en el caso de aquellas de tipo puramente gremial o empresarial. Pero no se trata simplemente de derechos que se refuerzan mutuamente; porque aunque en el derecho interno —e incluso en el internacional— estos derechos puedan estar previstos en disposiciones separadas, los derechos de reunión, de manifestación o

⁴⁶⁰ Cfr., en este sentido, E/CN.4/Sub.2/1992/9, del 14 de julio de 1992, *El derecho a la libertad de opinión y de expresión*, informe final preparado por Danilo Türk y Louis Joinet, Relatores Especiales, párrafo 19.

de protesta pacífica, y la libertad de asociación tienen un marcado componente comunicativo, que los sitúa directamente en el ámbito de la libertad de expresión.

I. LA EXPRESIÓN ORAL Y LA EXPRESIÓN ESCRITA

Si la literatura desaparece, desaparecería una de las fuentes más ricas de la imaginación, de la sensibilidad y de la conciencia crítica. Porque los buenos libros nos enseñan a soñar, y nos demuestran que la realidad en que vivimos está mal hecha, pues es insuficiente para satisfacer nuestras ambiciones y deseos. Gracias a ese sentimiento somos más difíciles de manipular por los poderes terrenales, empeñados siempre en hacernos creer que vivimos en el mejor de los mundos. Sin los libros, desaparecería una trinchera de la libertad.

Mario VARGAS LLOSA, *El país digital*, foro del 10 de marzo de 2000.

En cuanto reflejo de nuestras ideas y sentimientos, las palabras son, probablemente, el medio más apropiado para comunicarnos, y para hacer germinar nuevas ideas. Desde los tiempos de la monumental biblioteca de Alejandría, fundada por Alejandro Magno en el año 331 antes de Cristo, que albergaba códices manuscritos en tablillas de arcilla y papiros, pasando por la invención de la imprenta, hasta nuestros días, en que las modernas tecnologías de la información y de la comunicación han producido una metamorfosis en el mundo de la información,⁴⁶¹ lo que ha prevalecido parecen ser los mensajes verbales. Por diversas razones, durante muchos siglos, la palabra hablada fue nuestro principal medio de comunicación; la cultura griega estaba dominada por la comunicación oral. Incluso, en la Inglaterra de comienzos del siglo XII, había quienes

⁴⁶¹ Cfr. Ramos de Francisco, Consuelo, “De la Biblioteca de Alejandría a la biblioteca virtual: nuevas formas de publicar; la ventana humanística en el ciberespacio”, *Extra Muros*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, núm. 13, octubre de 2000, pp. 85-107.

preferían confiar en la palabra de tres obispos que en un documento papal, calificado desdeñosamente de “pieles de carnero ennegrecidas de tinta”.⁴⁶² Aún hoy en día no puede menospreciarse el efecto electrizante que un discurso puede tener en la audiencia. Pero, aunque el impacto de la palabra hablada o escrita ha variado a lo largo del tiempo, lo que no ha variado es el afán del Estado por controlar la libertad de expresión, mediante el control de los medios que tienen un mayor impacto comunicativo.

Las palabras son expresión de conceptos, ideas o sentimientos que, si bien no forman parte del mundo de las cosas, que inquietaba a Platón, forman parte de la realidad, y reflejan el grado de conciencia que tenemos de esa realidad, proporcionando el impulso necesario para transformarla. Sin lugar a dudas, la palabra, hablada o escrita, es nuestro principal medio de comunicación.

La palabra escrita, ya sea en arcilla o en piedra, en papiros, en pergamino, o en papel, permitió extender las posibilidades de la comunicación; en una segunda etapa, el trabajo artesanal de los copistas hizo posible que se multiplicaran los libros y las posibilidades de acceder a los mismos, pero sin que llegaran a adquirir la relevancia que tienen actualmente. Pero, en 1440, la invención de la imprenta significó un avance extraordinario, que fomentó la literatura, y que facilitó la difusión de las ideas políticas y filosóficas de la Ilustración. Sin embargo, inmediatamente después de la invención de la imprenta, tanto en Inglaterra como en otros países su empleo fue considerado como un asunto de Estado, sujeto a controles y regulaciones muy estrictas, que limitaban el número de imprentas que una persona podía utilizar, y que prohibían nuevas publicaciones a menos que fueran aprobadas previamente mediante una licencia; ese sistema, que prevaleció en Inglaterra hasta 1694, es el motivo de los comentarios adversos a la censura previa por parte de William Blackstone, y es lo que sirvió de antecedente a la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. En el mundo hispano, en un proceso semejante al experimentado en Inglaterra, los peligros que encerraba la imprenta llevaron a que los reyes católicos decretaran que ningún libro ni impresor podía osar imprimir un libro —pequeño o grande— sin que para ello contara con una licencia expedida por los reyes, y que prohibie-

⁴⁶² Cfr. Briggs, Asa y Burke, Peter, en *De Gutenberg a internet: una historia social de los medios de comunicación*, Madrid, Taurus, 2002, p. 21.

ran igualmente que se vendieran en el reino libros que no hubieran sido previamente examinados por ellos;⁴⁶³ en consecuencia, no es extraño que, como reacción a esas medidas, en la —para esa época— muy liberal Constitución de Cádiz, adoptada en marzo de 1812, se estableciera que todos los españoles tenían la libertad de escribir, imprimir o publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que establecieran las leyes.⁴⁶⁴

Desde hace muchos siglos, es la expresión escrita la que ha tenido más fuerza y la que, paralelamente, ha sido objeto de los mayores controles y de las mayores regulaciones. Al mismo tiempo, las garantías constitucionales relativas a la libertad de “prensa”, que obviamente estaban concebidas primordialmente en términos de expresiones escritas, han sido interpretadas en un sentido muy amplio, incluyendo en ella las expresiones habladas que se transmiten por la radio, al igual que los mensajes hablados y las imágenes transmitidas por la televisión.

II. LA DISTINCIÓN ENTRE EXPRESIÓN Y CONDUCTA

La acción es con frecuencia un método de expresión que está dentro del ámbito de protección de la Primera Enmienda (a la Constitución de los Estados Unidos).

William DOUGLAS, en su opinión concurrente en *Brandenburg v. Ohio*.

Si bien es frecuente que recurramos a las palabras, ya sea para persuadir o para seducir, ya sea para saludar o para amenazar, es posible que, en determinadas circunstancias, ellas no sean idóneas para transmitir toda la fuerza del mensaje que deseamos comunicar; del mismo modo como elegimos las palabras por su fuerza para comunicar una idea o un sentimiento, también podemos elegir la mímica, un jeroglífico, una imagen, o una conducta. Como muy bien se observa en el informe MacBride,

⁴⁶³ *Cfr.* la pragmática de los Reyes Católicos, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, del 8 de julio de 1502.

⁴⁶⁴ *Cfr.* el artículo 371 de la citada Constitución.

a pesar de sus limitaciones evidentes, el “lenguaje del cuerpo” y los demás lenguajes no verbales, empleados desde hace milenios y milenios en las sociedades tradicionales con fines muy diversos, no han perdido en modo alguno su validez y su importancia. En muchos países, los mensajes e ideas se transmiten por medio de grupos de bailarines y de mimos itinerantes, espectáculos de marionetas y otras formas de expresión popular, no solamente para distraer a la gente sino también para influir en las actitudes y en el comportamiento.⁴⁶⁵

De manera que, desde el punto de vista formal, por tratarse de una noción que no está libre de ambigüedades, la libertad de expresión requiere, ante todo, identificar qué es “expresión”. De la respuesta que demos a esta interrogante dependerá que se proteja, *inter alia*, el arte, la pornografía, un desfile de protesta, o incluso una huelga de hambre, según se les considere formas de expresión o algo diferente.

Con frecuencia, la libertad de expresión se ha asociado con formas específicas de manifestar el pensamiento, limitándolo básicamente a lo que pudiéramos llamar la “expresión verbal”; ese es el caso, por ejemplo, del artículo 66 de la Constitución venezolana de 1961, que consagraba el derecho de expresar el pensamiento únicamente “de viva voz o por escrito”; ese es el caso del artículo 14 de la Constitución de la Nación Argentina, que señala que toda persona goza del derecho de “publicar” sus ideas por la prensa, y ése es también el caso de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que señala que el Congreso no hará ninguna ley que limite “la libertad de palabra o la de prensa”, protegiendo explícitamente la palabra hablada o escrita, pero sin hacer ninguna referencia a la conducta expresiva. Sin embargo, a diferencia de la Constitución venezolana de 1961, tanto la Constitución de Argentina como la Constitución de los Estados Unidos han sido interpretadas comprendiendo todas las formas de expresión. A partir de la intención original de sus redactores, la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos ha sido objeto de una interpretación mucho más flexible, que ha enriquecido su enunciado; en efecto, por lo menos en el caso de leyes o reglamentos que prohíben una conducta en razón de sus atributos comunicativos, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que dichas

⁴⁶⁵ Sean MacBride y otros, *Un solo mundo, voces múltiples: comunicación e información en nuestro tiempo*, México-París, Fondo de Cultura Económica-UNESCO, 1980, p. 92.

regulaciones son inconstitucionales.⁴⁶⁶ En un primer momento, marcado por la sentencia adoptada en el caso *Thornhill v. Alabama*, ese alto tribunal sostuvo que la presencia de grupos de huelguistas instalados pacíficamente en los alrededores de su sitio de trabajo, o la distribución de panfletos, son actividades expresivas que involucran un discurso protegido por la garantía constitucional de la libertad de expresión.⁴⁶⁷ Asimismo, hasta hace muy pocas décadas, en los estados del sur de los Estados Unidos, el quemar una cruz enfrente de la casa de una familia negra constituía una forma muy clara de transmitir un típico mensaje racista. Pero la sola distinción entre expresión y conducta, o la distinción entre conductas que son “inherentemente expresivas” (o conductas que convencionalmente son utilizadas para comunicar ideas, emociones, o sentimientos) y aquellas que no tienen ese atributo, permite disponer de un margen más amplio para restringir la conducta expresiva que la palabra escrita o hablada.

Esa preferencia por la expresión verbal parece encontrar sus raíces en el carácter misterioso de la palabra hablada o escrita. A ese poder se ha referido Václav Havel al recordarnos que “todos los eventos importantes en el mundo real —ya sean admirables o monstruosos— siempre encuentran su avanzada o punta de lanza en el reino de las palabras”.⁴⁶⁸ Pero la consideración más importante para otorgar a la expresión verbal un mayor grado de protección que a la conducta expresiva deriva de la creencia infundada en que la palabra es inofensiva o, en el peor de los casos, menos peligrosa y menos dañina que la conducta; aunque, en este aspecto, la teoría ha sido demolida por los hechos, demostrando que las palabras pueden causar mucho daño. En realidad, las palabras pueden ser un instrumento inflamable y explosivo; el mismo Václav Havel ha comparado a las palabras con “flechas mortales”, y ha sostenido que ellas

⁴⁶⁶ *Cfr.*, por ejemplo, *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990) y *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), relativos a la quema de la bandera de los Estados Unidos, *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974), referido al despliegue de la bandera con un símbolo de paz adherido a ella, *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969), que se refería a la utilización de un brazalete negro, *Brown v. Louisiana*, 383 U.S. 131 (1966), concerniente a una protesta sentados, o el caso *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931), referido al acto de enarbolar una bandera roja.

⁴⁶⁷ *Cfr.* *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940). *Cfr.*, también, *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983).

⁴⁶⁸ Citado por Simon Lee, *The Cost of Free Speech*, London-Boston, Faber and Faber, 1990, p. 20.

pueden ser “más poderosas que diez divisiones militares”.⁴⁶⁹ Esa virtud de la expresión verbal, que es más fácilmente reconocible que la conducta expresiva y que otros medios de expresión, la ha convertido reiterada y sistemáticamente en el blanco de la censura de la Iglesia y de los gobiernos, procurando impedir el libre flujo de ideas, o silenciar expresiones inconvenientes o poco ortodoxas. En este sentido, se ha señalado que, en la medida en que la expresión simbólica no encaja en los moldes usuales para los que el Estado ya tiene previstos mecanismos de control, ésta es vista con recelo, y no siempre se le considera como una manifestación de la libertad de expresión, sino de conductas que deben evitarse y sancionarse.⁴⁷⁰

A pesar de esta manifiesta inclinación por la palabra hablada o escrita, y no obstante su tenor literal, resulta interesante observar que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha extendido la protección de la libertad de expresión más allá de las palabras, estimando que lo que se protege es la comunicación de ideas o la transmisión de un mensaje, ya sea por medio del lenguaje hablado o escrito, o mediante el empleo de símbolos o acciones; en este sentido, hace ya varias décadas que el citado tribunal declaró inconstitucional una norma que prohibía enarbolar una bandera roja en señal de oposición al gobierno.⁴⁷¹ En realidad, como muy certeramente apunta Lawrence Tribe, en todo tipo de comunicación, la expresión y la conducta, así como el mensaje y el medio empleado para transmitirlo, se encuentran ineludiblemente atados.⁴⁷²

Los textos internacionales que comentamos consagran expresamente el derecho a difundir informaciones e ideas de toda índole por “cualquier procedimiento”. El juez William Douglas ha sugerido el ejemplo de quien rompe la copia de su propia Constitución en elocuente protesta en contra de una decisión de la Corte Suprema del propio país, o de quien destruye su copia de la Biblia, para celebrar el abandono de una determinada fe y abrazar el ateísmo, sosteniendo que en ambos casos se está en presencia de una conducta que goza de la protección que la Constitución le confiere a la libertad de expresión.⁴⁷³ De manera que el reconocimien-

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁷⁰ *Cfr.* Sánchez González, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 16.

⁴⁷¹ *Cfr.* *Stromberg v. People of State of California*, 283 U.S. 359 (1931).

⁴⁷² *Cfr.* *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, p. 827.

⁴⁷³ *Cfr.* su opinión concurrente en *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

to de la conducta como forma de expresión es algo que se encuentra firmemente establecido; se admite que la conducta también puede ser un medio de expresión, al cual se ha denominado conducta expresiva, expresión simbólica, o actividad expresiva, y que tiene que distinguirse de la expresión verbal. Por otra parte, la jurisprudencia del máximo tribunal de los Estados Unidos también sugiere que, junto con la conducta inherentemente expresiva, habría otro tipo de conducta que carece de un componente expresivo; por ejemplo, mientras la Corte ha aceptado el carácter simbólico del hecho de quemar una tarjeta de conscripción militar en las escalinatas de un tribunal para dramatizar la oposición del autor de ese acto al reclutamiento y a la participación de los Estados Unidos en la guerra de Vietnam,⁴⁷⁴ también ha sostenido que la actividad sexual realizada en un sitio en el que se venden libros no tendría ningún elemento de expresión protegida, y que la venta de libros en un establecimiento utilizado para la prostitución no permite invocar los valores de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos para evadir la aplicación de una ley cuyo propósito es sancionar el uso ilícito de esas instalaciones.⁴⁷⁵

Según Emerson, debe establecerse una distinción muy clara entre lo que constituye expresión y lo que constituye conducta; mientras la primera debe permitirse y estimularse, la segunda puede controlarse siempre que ello no incida en un control de la expresión. A juicio de Emerson, la línea que permite distinguir entre expresión y conducta en muchos casos está clara; pero en algunos puntos se vuelve oscura, y es preciso pronunciarse a favor de una u otra. En su opinión, debemos guiarnos por el elemento dominante.⁴⁷⁶ Sin embargo, esta tarea no resulta sencilla, debido a que ambos elementos —expresión y conducta— se encuentran estrechamente asociados. En este sentido, Stanley Fish ha señalado que, en la vida diaria, la expresión no tiene lugar en la atmósfera es-

⁴⁷⁴ *Cfr.* *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968). El hecho de aceptar el carácter simbólico de ese acto no ha impedido al tribunal sostener que, sin embargo, el Estado puede regular esa conducta si su propósito es proteger un interés estatal sustancial, que no está relacionado con la supresión de la libertad de expresión, y que sólo incidentalmente restringe la libertad de expresión de una manera que no excede lo necesario para proteger ese interés.

⁴⁷⁵ *Cfr.* *Arcara v. Cloud Books, Inc.*, 478 U.S. 697 (1986).

⁴⁷⁶ *Cfr.* Emerson, Thomas I., *The System of Freedom of Expression*, Nueva York, Random House, 1970, pp. 17 y ss.

terilizada de un seminario de filosofía.⁴⁷⁷ Pero, aunque la distinción entre conducta y expresión no siempre es fácil de establecer, pues entre ambas no existe una absoluta dicotomía, lo que está claro es que la regulación de una actividad que comunica o transmite un mensaje debe estar sometida a exigencias más estrictas que las aplicables respecto de otras actividades que no tienen ese propósito, y que pueden ocasionar alguna molestia o incomodidad.

No se trata solamente de las dificultades que pueda plantear la identificación de la expresión simbólica, sino incluso de la caracterización de lo que tradicionalmente hemos entendido que forma parte de la expresión; en tal sentido, es oportuno recordar que, según Catharine MacKinnon, la pornografía es una forma de acción, pero que la misma no constituye expresión.⁴⁷⁸ Un ejemplo de lo que podría constituir pura expresión sería un discurso político criticando al gobierno; un ejemplo de conducta podría estar representado por el arrojar basura en la vía pública. Sin embargo, la distinción entre las distintas formas de expresión, con frecuencia asociadas a alguna dosis de conducta, por pequeña que sea, y lo que constituye pura conducta, no siempre es fácil de precisar; de hecho, así como un discurso (o una arenga) puede constituir una incitación a la acción, un determinado comportamiento puede constituir un medio muy elocuente y expresivo de manifestar un sentimiento, una idea, o una opinión.⁴⁷⁹ Incluso en el ejemplo antes sugerido parece ser distinto el mero hecho de arrojar basura en la vía pública, como reflejo de una falta de educación y de civismo, que hacerlo frente al palacio de gobierno o el edificio del parlamento, como una forma de protestar y de manifestar disgusto y desprecio por la forma en que se está administrando el Estado. Por otra parte, el ejemplo del discurso político criticando al gobierno podría ser algo más que mera expresión si el mismo constituye una incitación a la violencia o a derrocar al gobierno constituido, convirtiéndose en el detonante para la acción. En el caso de una persona que se paseó

⁴⁷⁷ Cfr. "Fraught with Death: Skepticism, Progressivism, and the First Amendment", *University of Colorado Law Review*, vol. 64, 1993, p. 1061, citado por Streeter, Thomas, "Free Speech, Language and the Rule of Law", en Allen, David. S. and Jensen, Robert (comps.), *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*, Nueva York y Londres, New York University Press, 1995, p. 39.

⁴⁷⁸ Cfr. "La pornografía no es un asunto moral", en MacKinnon, Catharine y Posner, Richard, *Derecho y pornografía*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1997, p. 58.

⁴⁷⁹ Cfr. *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

por los corredores de los tribunales de Los Ángeles utilizando una chaqueta con las palabras “Fuck the Draft” plenamente visibles, a pesar del claro mensaje verbal, dicha persona inicialmente fue condenada por “conducta ofensiva”; sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos anuló esa sentencia, señalando que la única “conducta” que en este caso se buscaba castigar era el hecho mismo de la comunicación, pues este caso involucraba expresión y no una conducta que, a pesar de la intención de su autor, pudiera percibirse que no transmitía ningún mensaje, y, por lo tanto, pudiera regularse sin afectar la habilidad de su autor para expresarse. Por el contrario, en un caso en que, por aplicación de la ley de salud pública del estado de Nueva York, que define los lugares de prostitución y lujuria como un estorbo para la salud pública, se había dispuesto el cierre por un año de una librería que vendía libros y revistas sexualmente explícitos, que disponía de camarines para ver películas sexualmente explícitas,⁴⁸⁰ y en cuyas instalaciones se había observado la realización de actividades sexuales ilícitas, ese mismo tribunal consideró que tal sanción estaba dirigida a una conducta ilícita, y que ella no tenía nada que ver ni con la venta de libros ni con la realización de alguna actividad expresiva. Según la Corte, la actividad sexual que se pretendía evitar en este caso no tenía absolutamente ningún elemento que permitiera caracterizarla como expresión protegida; la garantía de la libertad de expresión no se puede utilizar como una fachada para la realización en público de actos sexualmente ilícitos, con el simple recurso de atribuirles el carácter de conducta expresiva; porque, para que se pueda invocar la garantía de la libertad de expresión, no basta con vincular las palabras “sexo” y “libros”. Además, la circunstancia de que esta medida estaba dirigida a la conducta como tal y no a un mensaje en particular se reflejaba en la circunstancia de que los afectados por el cierre del local disponían de entera libertad para vender ese mismo material impreso en otro local.⁴⁸¹

La percepción que se tiene de la pornografía tampoco ha estado exenta de controversia, llevando a algunos autores a sugerir que ella no constituye una forma de expresión, sino de conducta, y que, por lo tanto, no puede escudarse detrás de la garantía de la libertad de expresión.⁴⁸² Sin

⁴⁸⁰ Es importante observar que, en el presente caso, no se señaló que dichos impresos o películas fueran obscenos o pornográficos.

⁴⁸¹ *Cfr.* *Arcara v. Cloud Books, Inc.*, 478 U.S. 697 (1986).

⁴⁸² *Cfr.* MacKinnon, Catharine, *Only Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, pp. 29-41.

embargo, el juez William Douglas, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha subrayado que, cualquiera que sea la dimensión del poder del Estado para regular la conducta, la garantía constitucional de la libertad de expresión no le confiere ninguna autoridad sobre la expresión de las ideas.⁴⁸³

Por otra parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha aceptado que la solicitud de dinero por organizaciones caritativas, no obstante que en esa actividad pudiera haber más de conducta que de expresión, está plenamente protegida como diseminación de ideas.⁴⁸⁴

Los ejemplos citados permiten ilustrar la forma como la conducta y la expresión pueden llegar a confundirse o, a la inversa, cómo puede calificarse como conducta algo que tradicionalmente se ha considerado que forma parte de la expresión. Lo anterior permite subrayar que el derecho a la libertad de expresión, hasta ahora, parece no haber logrado trazar una línea de demarcación suficientemente nítida entre lo que es discurso, y que por lo tanto se encuentra protegido, y lo que es conducta, y que, como tal, puede encontrarse prohibido o ser objeto de una regulación más estricta; la línea de demarcación entre la expresión y la acción, que permite al Estado un mayor grado de intervención, es muy tenue. Sin embargo, esta distinción vuelve a plantear la necesidad de establecer qué hay de especial en la expresión, y qué es lo que la hace distinta de otras formas de comportamiento; sobre este particular, es conveniente recordar la idea expresada por James F. Stephen, en el sentido de que la libertad es como el fuego, y que en sí misma no es ni buena ni mala, sino que depende de las circunstancias, de la oportunidad y del lugar en el que ella se ejerce.⁴⁸⁵

Pero lo que nos interesa destacar en este punto es que, si bien la libertad de expresión se suele asociar con ciertas formas muy específicas de manifestar el pensamiento, limitándolo básicamente a lo que pudiera llamarse la “expresión verbal”, junto a ella pueden coexistir otras formas de

⁴⁸³ Cfr. su opinión concurrente en *Memoirs v. Massachussets*, 383 U.S. 413 (1966).

⁴⁸⁴ Cfr., por ejemplo, *Schaumburg v. Citizen for a Better Enviroment*, 444 U.S. 620 (1980), y *Riley v. National Federation of Blind of N. C., Inc*, 487 U.S. 781 (1988).

⁴⁸⁵ Cfr. *Liberty, Equality, Fraternity*, Cambridge, Cambridge University Pres, 1967, p. 90, citado por Schauer, Frederick, “The First Amendment as Ideology”, en Allen, David S. and Jensen, Robert (compiladores), *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*, Nueva York-Londres, New York University Press, 1995, p. 28.

expresión, en donde el ingrediente fundamental es la “conducta” en cuanto medio idóneo para transmitir un mensaje. A título ilustrativo, se puede mencionar el caso de quien destruye la estatua del tirano, o quema la bandera del país enemigo; en igual situación se encontraría quien rehúsa saludar al dictador, se declara en huelga de hambre como una forma de protestar, o simplemente se sienta en las escalinatas de acceso a una oficina pública de la cual se espera alguna decisión. Con motivo de la guerra de Viet-Nam, en Estados Unidos se hicieron famosos los casos de estudiantes que quemaban públicamente sus tarjetas de conscripción militar, como una forma de manifestar su oposición a la intervención armada de Estados Unidos en dicho país; un caso menos conocido es el del estudiante que, al día siguiente del bombardeo de Camboya (por algunos años, y hasta 1989, Kampuchea), colgó en la ventana de su apartamento la bandera de los Estados Unidos en forma invertida, a la cual le había pegado un símbolo de paz, logrando transmitir un mensaje muy claro y muy preciso en contra de esa acción bélica en particular y de la guerra en general.⁴⁸⁶ El enarbolar una cruz suástica, o el uso de otros emblemas nazis, al igual que enarbolar la bandera utilizada por los estados del sur de los Estados Unidos durante la guerra civil en ese país es, sin duda, el símbolo más elocuente de un mensaje racista. En las últimas décadas, una práctica iniciada en algunos países del cono sur del continente americano —y que posteriormente ha sido seguida en otras partes— ha consistido en hacer sonar cacerolas vacías como una forma de manifestar su descontento con las políticas del gobierno —en particular las económicas—, y de expresar su rechazo de las mismas. Otro ejemplo de estas formas de conducta expresiva nos lo ofrecieron las Madres de la Plaza de Mayo, durante la dictadura militar en Argentina, quienes, en una práctica que aún se repite, se caracterizaron simplemente por marchar en silencio frente a la casa de gobierno, todos los días jueves, llevando un pañuelo blanco sobre sus cabezas.

En los casos antes mencionados, es posible que no se profiriera ni una sola palabra; sin embargo, cualquiera de esas conductas era y es, en sí misma, lo suficientemente expresiva como para sugerir algún sentimiento o una idea. En cada caso el mensaje es suficientemente claro, y tal conducta puede fácilmente ser asociada con la opinión, sentimiento, o

⁴⁸⁶ *Cfr.* Spence v. Washington, 418 U.S. 405 (1974).

idea que la motiva. Esto es lo que, en Estados Unidos, Archibald Cox ha denominado la “conducta expresiva”,⁴⁸⁷ lo que Gerald Gunther⁴⁸⁸ y Paul Freund⁴⁸⁹ llaman “expresión simbólica”, y a lo que, ocasionalmente, la Corte Suprema de Estados Unidos se ha referido como “conducta comunicativa”, o “actividad expresiva”.

Aunque, como señalamos previamente, puede haber situaciones en que no es sencillo distinguir entre lo que es mera conducta (como botar basura en la vía pública), y lo que puede constituir una forma de expresión simbólica (como botar basura frente al edificio de gobierno para manifestar nuestro disgusto), es necesario definir criterios que puedan ser aplicables a situaciones como éstas. A juicio de Lawrence Tribe, la noción de “expresión” es incomprensible fuera de un contexto social y cultural, pues actividades que ordinariamente están relacionadas con la expresión no tienen que ser consideradas así en toda situación; asimismo, actividades que ordinariamente no se piensa que tengan una dimensión expresiva —como el hecho de hacer *camping*— podrían adquirir esa dimensión en un contexto específico.⁴⁹⁰ Si bien la regla general es que la expresión está protegida y la conducta puede estar prohibida, es evidente que en aquellos casos en que la conducta constituya una forma de expresión ella también gozará por lo menos de cierto grado de protección; en realidad, hace más de 60 años la Corte Suprema de los Estados Unidos invalidó una regulación que prohibía la distribución de panfletos en la calle, no obstante que éste era el medio más efectivo de servir el legítimo interés público de reducir la basura (e incluso el ruido y la congestión del tránsito), por considerar que el castigar a aquellos que botaran basura —si bien era menos efectivo— interfería mucho menos con la comunicación.⁴⁹¹ Pero, obviamente, lo anterior no es óbice para que la libertad de expresión no pueda ser regulada en cuanto a la selección de los medios que ésta pueda utilizar, lo cual puede conducir a una cierta regla-

⁴⁸⁷ Cfr. *Freedom of Expression*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, pp. 59 y ss.

⁴⁸⁸ Cfr., *Constitutional Law: Cases and Materials*, Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1975, pp. 1234 y ss.

⁴⁸⁹ Cfr., Freund, Paul A. *et al.*, *Constitutional Law: Cases and Materials*, Boston y Toronto, Little Brown and Company, 1977, pp. 1205 y ss.

⁴⁹⁰ Cfr. *American Constitutional Law*, 2a. ed., Little Brown and Company, Boston and Toronto, 1977, pp. 1205 y ss. *Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, p. 831.

⁴⁹¹ Cfr. *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939).

mentación de la conducta expresiva y a un menor grado de protección para ésta que para la expresión verbal; después de todo, la conducta expresiva no excluye formas alternativas de decir lo mismo ni es incompatible con la sanción de un delito o de un acto vandálico; de manera que quien elige una conducta como medio de expresión tiene que considerar la posibilidad de que dicha conducta esté prohibida. Sobre este particular, en el caso de una persona condenada por haber quemado su tarjeta de conscripción militar, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que, incluso en el supuesto de que el alegado elemento comunicativo de la conducta del afectado fuera suficiente para involucrar la garantía constitucional de la libertad de expresión, no se seguía como consecuencia necesaria que la destrucción del citado documento fuera una actividad constitucionalmente protegida, pues la conducta expresiva podía ser regulada en aras de un interés público sustancialmente importante no relacionado con el contenido de la expresión. Según la Corte, cuando en un mismo tipo de conducta se mezclan elementos expresivos y no expresivos, un interés público suficientemente importante en regular el aspecto no expresivo (calificado ya sea como “apremiante”, “sustancial”, “preeminente”, “poderoso”, o simplemente como “persuasivo”) podría justificar limitaciones incidentales a la libertad de expresión; a juicio del tribunal, en el caso en cuestión, el reclamante habría sido condenado sólo por el elemento “no comunicativo” de su conducta, y no por su deseo de influir en el ánimo de otros para que adoptaran sus convicciones antibelicistas.⁴⁹² Sobre este particular, reiterando la idea inicialmente expuesta por el juez Goldberg, que veía en la conducta expresiva una forma de expresión más algo, y que por lo tanto tenía un menor grado de protección que la expresión pura,⁴⁹³ William Douglas ha observado que la conducta le agrega un elemento a la expresión y que, en ese sentido, una protesta sindical es expresión más la acción que lleva aparejada, y que eso significa que puede ser regulada en lo que se refiere a ese elemento adicional de la expresión o de la protesta.⁴⁹⁴ Asimismo, se ha señalado que una regulación que prohíba solicitar o recibir dinero en el terminal de un aeropuerto sería compatible con la garantía constitucional de la libertad de expresión, en cuanto estaría dirigida al elemento no comunicativo de una

⁴⁹² *Cfr.* United States v. O’Brien, 391 U.S. 367 (1968).

⁴⁹³ *Cfr.* su opinión, hablando por la Corte, en Cox v. Louisiana, 379 U.S. 559 (1965).

⁴⁹⁴ *Cfr.* su opinión concurrente en Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

conducta expresiva;⁴⁹⁵ en este sentido, puede observarse que las mismas consideraciones que permiten distinguir entre lo que es expresión y lo que es conducta resultan pertinentes para determinar la pertinencia de una restricción dirigida a los elementos adjetivos de la expresión, tales como una regulación del lugar, la oportunidad, o la forma de transmitir el mensaje.⁴⁹⁶

No obstante, la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha aceptado que una variedad aparentemente ilimitada de conductas pueda ser etiquetada como “expresión” cada vez que una persona realiza esa conducta con la intención de expresar una idea. En *Dallas v. Stanglin*, la Corte observó que casi en cada actividad emprendida por una persona es posible encontrar un pequeño núcleo de expresión, pero que ese pequeño núcleo no es suficiente para atraer esa actividad dentro del ámbito de protección constitucional de la libertad de expresión.⁴⁹⁷ Sin embargo, ese alto tribunal ha señalado algunos requisitos que debería cumplir cualquier restricción referida a la conducta expresiva: a) dicha restricción debe estar suficientemente justificada como parte de las atribuciones del gobierno; b) ella debe estar orientada a fomentar un interés público sustancial o importante; c) la regulación de la conducta no debe estar dirigida a suprimir o restringir la libertad de expresión, y d) cualquier restricción incidental de la libertad de expresión no puede ser mayor que lo estrictamente requerido para la promoción del interés público de que se trate.⁴⁹⁸ En realidad, la Corte Suprema de los Estados Unidos también ha señalado que, toda vez que la expresión va de la mano con la conducta —como sucede cuando alguien grita “¡fuego!” en un teatro atestado de público—, la expresión puede ser sancionada; raramente se ha sugerido que la garantía constitucional de la libertad de expresión extiende su inmunidad a expresión oral o escrita usada como parte integrante de una conducta en violación de la ley;⁴⁹⁹ pero el mismo tribunal, en un contexto tan coercitivo como el boicot de las tiendas de propiedad de ciudadanos blancos por parte de ciudadanos negros, también ha señalado que la expresión no

⁴⁹⁵ *Cfr.*, en este sentido, la opinión concurrente de los jueces Kennedy, Blackmun, Stevens y Souter, en *International Society for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992).

⁴⁹⁶ *Idem.*

⁴⁹⁷ *Cfr.* *Dallas v. Stanglin*, 490 U.S. 19 (1989).

⁴⁹⁸ *Cfr.* *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

⁴⁹⁹ *Cfr.* *William Douglas*, opinión disidente en *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

pierde su protección simplemente porque pueda resultar embarazosa para otros, o porque pueda empujarlos a la acción.⁵⁰⁰ Según lo sostenido por el citado tribunal en *Haig v. Agee*, la protección conferida a las creencias y a la expresión en forma aislada es muy diferente de la protección de que goza la conducta;⁵⁰¹ de manera que si las creencias y las expresiones son “sólo parte” de una campaña para luchar en contra de las actividades de la CIA, poniendo en peligro la seguridad nacional y la seguridad de los estadounidenses en el extranjero, sería legítimo restringir la conducta del autor de esa campaña mediante la revocación de su pasaporte, en cuanto esta medida inhibe la conducta (las posibilidades de desplazarse por el extranjero), pero no inhibe la expresión ni las posibilidades de criticar al gobierno, para lo cual el señor Agee seguía teniendo la misma libertad de que disfrutaba cuando tenía un pasaporte.⁵⁰² Sin embargo, los jueces Brennan y Marshall disintieron de este punto de vista, observando que, de ser así, el condenar a una persona a cuarenta años de prisión por criticar la política gubernamental de subvenciones para comida representaría sólo una “inhibición de conducta”, pues la persona así condenada continuaría en libertad para criticar al gobierno, aunque ahora desde su celda en una prisión.⁵⁰³ Como quiera que sea, la revocación del pasaporte de Philip Agee pone de relieve que, al menos en ciertas circunstancias, las restricciones impuestas a la conducta pueden tener el propósito —o por lo menos el efecto— de restringir el ejercicio de la libertad de expresión; porque, sin pronunciarnos en este punto sobre el carácter legítimo o ilegítimo de la medida adoptada por el gobierno de los Estados Unidos, cancelando el pasaporte del señor Agee, debe tenerse presente que su propósito no era impedir la capacidad de desplazamiento del poseedor de dicho pasaporte, sino impedir la campaña anunciada por Philip Agee, dirigida a identificar a los agentes de la CIA en el extranjero, a divulgar sus identidades, y a hacer del conocimiento público las actividades en que aquellos agentes pudieran estar involucrados. En el mismo sentido, debe observarse que, en el caso de una miembro del Parlamento Europeo que fue expulsada de la Polinesia Francesa, y que se le prohibió el ingreso a Nueva Caledonia, sitios a donde había ido invitada por dirigentes

⁵⁰⁰ *Cfr.* NAACP v. Claiborne Hardware CO., 458 U.S. 886 (1982).

⁵⁰¹ *Cfr.* Haig v. Agee, 453 U.S. 280 (1981).

⁵⁰² *Idem.*

⁵⁰³ *Cfr.* la opinión disidente de los jueces Brennan y Marshall en *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981).

políticos locales a exponer sus ideas sobre los ensayos nucleares franceses en Mururoa y sobre la independencia de esas dependencias, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que tales medidas constituían una interferencia con su libertad de expresión.⁵⁰⁴

En todo caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha rechazado que la facultad de prohibir una determinada actividad lleve implícita la facultad de suprimir expresiones acerca de esa actividad; en opinión del citado tribunal, una ordenanza municipal que prohíba dictar clases sobre cómo andar en bicicleta interfiere con la libertad de expresión mucho más que otra ordenanza que prohíba circular en bicicleta dentro de ciertos límites, y el Estado no puede suprimir la expresión con la misma facilidad con que suprime la conducta.⁵⁰⁵

En un caso en que se objetaba la compatibilidad de una ley de indecencia pública que prohibía bailar completamente desnudo en sitios públicos (en el caso específico, un bar y una tienda de “artículos de entretenimiento para adultos”) con la garantía constitucional de la libertad de expresión, apartándose de su jurisprudencia anterior, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que dicha actividad se encontraba en el “perímetro exterior” de la primera enmienda a la Constitución de ese país, y que si bien constituía una forma de expresión protegida por la misma, en cuanto forma de expresión simbólica carecía de su completa protección y, por lo tanto, había que determinar el grado de protección de que podía disfrutar.⁵⁰⁶ Previamente, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito había concluido que la danza no obscena ejecutada para fines de entretenimiento era expresión protegida por la Primera Enmienda, y que la Ley de Indecencia Pública de Indiana constituía una interferencia indebida de esa actividad expresiva, pues el propósito de la ley era impedir el mensaje de erotismo y sensualidad transmitido por las bailarinas; anteriormente, la misma Corte Suprema de Indiana había aceptado que, cuando estuviera involucrada la comunicación de ideas, tolerar o permitir algún desnudo como parte de una forma más amplia de expresión que ameritara protección, podía ser un requerimiento constitucional.⁵⁰⁷ Según la Corte Suprema, la ley impugnada se ajustaba a los “po-

⁵⁰⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Piermont v. France*, sentencia del 20 de marzo de 1995, párrafos 53 y 81.

⁵⁰⁵ *Cfr.* 44 *Liquormart, Inc. et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996).

⁵⁰⁶ *Cfr.* *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560 (1991).

⁵⁰⁷ *Cfr.* *State v. Baysinger*, 272 Ind. 236, 247, 397 N.E. 2d 580, 587 (1979).

deres de policía” que tradicionalmente poseen los Estados para cuidar de la salud pública, de la seguridad y de la moral; en este caso concreto, dicha ley tenía como propósito proteger un interés público sustancial, como era el orden y la moralidad, y ese interés no podía asociarse con la intención de suprimir o restringir la libertad de expresión. En opinión de la Corte, lo que se estaba prohibiendo era el desnudo y no la danza; requerir de las bailarinas que usaran una malla no privaba a la danza del mensaje erótico que ellas quisieran transmitir, aunque lo hacía levemente menos gráfico.⁵⁰⁸ En su opinión disidente, el juez White objetó el razonamiento de la Corte, observando que la ley de Indiana cuya constitucionalidad se objetaba no contenía una prohibición de una conducta en general, sino de un tipo de conducta comunicativa, y que no había evidencia de que dicho estado hubiera intentado aplicarla al desnudo en obras de teatro, opera o ballet; según el juez White, cuando la ley traza una línea que distingue entre conducta expresiva que es regulada y conducta no expresiva del mismo tipo que no es regulada, la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema (particularmente en el caso *United States v. O’Brien*) impondría al Estado la carga de justificar esa distinción. En su opinión, el propósito de prohibir que la gente aparezca desnuda en los parques, en las playas o en otros lugares públicos, es proteger la sensibilidad de otros cuyo pudor y recato les lleva a rechazar el desnudo en público; pero ese no puede ser el propósito de prohibir el desnudo en bares y teatros, puesto que los espectadores son exclusivamente adultos que han consentido en pagar para ver a las bailarinas desnudas. En este caso, el propósito de la prohibición es proteger a los espectadores de lo que el Estado cree que es el mensaje pernicioso que transmite el danzar desnudo. Refiriéndose al voto concurrente del juez Scalia, quien afirmaba que si bien la danza es inherentemente expresiva, el desnudo no lo es, White observa que esta afirmación no dice absolutamente nada acerca de “danzar desnudo”. En su opinión, el impacto emocional y erótico de la danza se intensifica por el desnudo de quienes la ejecutan; el desnudo de la bailarina es una parte integral de las emociones y pensamientos que evoca dicha danza; el desnudo es, en sí mismo, un componente expresivo de la

⁵⁰⁸ *Cfr.* *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560 (1991). Para intentar demostrar que no se estaba prohibiendo el mensaje erótico sino solamente el desnudo en público, se argumentó que en un cine cercano se estaba exhibiendo —sin ningún tipo de interferencia— una película pornográfica de una de las bailarinas que se había hecho parte en el caso.

danza, y no simplemente una conducta accesoria. La ley que se objeta prohíbe bailar desnudo precisamente porque ese tipo de baile puede generar emociones y sentimientos de erotismo y sensualidad entre los espectadores; pero, como muy bien recuerda el juez White, generar pensamientos, ideas o emociones es de la esencia de la comunicación.⁵⁰⁹

Por el contrario, en el caso *United States v. Eichman*, en que se objetaba la constitucionalidad de la Ley de Protección de la Bandera, aprobada en 1989 por el Congreso de los Estados Unidos, invocando un supuesto “consenso nacional” que favorecía la prohibición de la quema de la bandera, la Corte Suprema de ese país sostuvo que aunque dicha ley no incluía en forma explícita ninguna limitación basada en el contenido de la conducta, era evidente que el interés del gobierno era suprimir la expresión con ella relacionada. Según la Corte, el deseo de preservar la bandera como un símbolo de los ideales nacionales sólo estaría involucrado cuando el tratamiento de la bandera por parte de cualquier persona transmitiera un mensaje incompatible con esos ideales; en opinión del tribunal, dicha ley suprimía la conducta por su probable impacto comunicativo, y sus repercusiones sobre la libertad de expresión no podían explicarse si no era por referencia al contenido expresivo de la conducta regulada. Se admite que el Estado puede crear símbolos nacionales, promoverlos, y estimular el tratamiento respetuoso de los mismos; pero, según la Corte, al sancionar penalmente una conducta expresiva debido a su probable impacto comunicativo, la Ley de Protección de la Bandera iría mucho más allá de eso.⁵¹⁰ Además de su asociación con determinados ideales, la Corte aceptó que la bandera era emblemática de la nación como entidad soberana, y que originalmente ella sirvió fundamentalmente para marcar la presencia del Estado en sus escuelas, edificios públicos, naves y aeronaves; pero la existencia del Estado no se ve amenazada porque se queme su bandera; en realidad, castigar la profanación de la bandera diluiría esa misma libertad que ella encarna como ideal.⁵¹¹

En todo caso, no hay que confundir el mensaje, cualquiera que sea la forma que se utilice para transmitirlo, con el efecto que éste pueda producir. En este sentido, refiriéndose a la objeción que se ha hecho a la pornografía, señalando que ésta constituye conducta y no expresión, Owen M. Fiss ha observado que si bien la pornografía puede ser una de

⁵⁰⁹ *Idem.*

⁵¹⁰ *Cfr.* *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).

⁵¹¹ *Idem.*

las muchas causas de la acción humana, ella no se puede reducir ni a la acción que la produce ni a la acción que causa, sino que es una forma de expresión de sus creadores.⁵¹² En su opinión, al igual que la pornografía y una gran parte del arte y la literatura, las expresiones de odio pueden apelar a nuestros sentimientos afectivos y ser tanto la causa como el efecto de acciones humanas; pero no por ello dejan de ser expresión.⁵¹³ Pero si bien puede haber un interés legítimo por parte del Estado en regular la conducta, si ésta es el efecto de la expresión, dicha regulación no puede coartar indebidamente la libertad de expresión; en consecuencia, cada vez que los efectos de la expresión conduzcan a una situación que pueda afectar un interés público apremiante, el Estado debe cuidar que su actividad dirigida a regular la conducta no restrinja indebidamente la libertad de expresión. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ha declarado inconstitucionales leyes u ordenanzas que sancionan indebidamente los efectos no comunicativos de la expresión, en casos en que se ha aplicado a grupos de manifestantes ordenanzas municipales antirruidos,⁵¹⁴ en casos en que se ha invadido la propiedad privada para distribuir literatura religiosa,⁵¹⁵ en casos en que se ha arrestado —aplicando ordenanzas que sancionan el botar basura— a quienes distribuyen panfletos, no obstante que la basura era causada por quienes tiraban esos panfletos al suelo y no por quienes los distribuían,⁵¹⁶ o en casos en que la distribución de literatura religiosa ha conducido a alteraciones del orden público generadas por el disgusto de la audiencia.⁵¹⁷

Aunque en menor medida, por tratarse de una instancia judicial que aún no cumple medio siglo de existencia, la conducta expresiva tampoco ha escapado a la atención de la Corte Europea de Derechos Humanos. En particular, el tribunal tuvo oportunidad de examinar esta materia en el caso de una persona que participó en una protesta, con el propósito de proteger las aves y el medio ambiente, y que se interpuso frente a quien formaba parte de un grupo de cazadores de perdices, saltando en frente suyo para impedir que disparara, al igual que el caso de otra joven que participó en una protesta en contra de la construcción de una autopista,

⁵¹² Cfr. *The Irony of Free Speech*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1996, p. 14.

⁵¹³ *Idem*.

⁵¹⁴ Cfr. *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972).

⁵¹⁵ Cfr. *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).

⁵¹⁶ Cfr. *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939).

⁵¹⁷ Cfr. *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

subiéndose a los árboles, situándose en frente de la maquinaria de construcción o montándose en ella, sin causar daños a esa maquinaria y sin resistirse cuando fue detenida por los guardias de seguridad; teniendo en cuenta que ambas personas fueron detenidas y llevadas ante un tribunal que acordó medidas que podían interferir con su libertad de expresión, la Corte Europea observó que, aunque estas protestas tomaron la forma de impedir físicamente aquellas actividades que desaprobaban, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Convención Europea, ellas constituían la expresión de una opinión.⁵¹⁸

III. LA EXPRESIÓN VERBAL Y LA EXPRESIÓN ARTÍSTICA

El bailarín, escribiendo con su cuerpo...
sugiere cosas que la obra escrita sólo
puede expresar en varios párrafos de diálogo o de prosa descriptiva.

Stéphane MALLARMÉ

Las formas de expresión verbal, ya sean ellas orales o escritas, son las que tradicionalmente se tienen en mente al pensar en la libertad de expresión. Incluso, se tiende a pensar —erróneamente— que éstas son las únicas formas de expresión protegidas por el derecho que comentamos. En realidad, es sobre estas formas de expresión sobre las que con más frecuencia va a recaer la represión y la censura. Ya sea que se trate de un discurso político o de la letra de una canción, de una obra literaria o de la proclama de un grupo subversivo, de un anuncio publicitario o de un escrito de carácter científico, la naturaleza verbal —oral o escrita— del medio utilizado para transmitir el pensamiento permite identificar con mayor facilidad el contenido del mensaje. Pero la música, una imagen, una caricatura, o una fotografía, pueden tener tanta fuerza como un mensaje de naturaleza verbal, y permiten individualizar con igual precisión aquello que asusta al censor, y que éste no desea que se divulgue. No debe olvidarse que, inicialmente, la propia escritura tenía un carácter ideográfico. Tampoco puede pasarse por alto que el simbolismo es un rasgo típico del arte religioso, y que en la historia del cristianismo las imáge-

⁵¹⁸ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Steel and others v. The United Kingdom*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, párrafo 92.

nes constituían un medio de información y de persuasión; esta circunstancia es la que llevó al papa Gregorio Magno a sostener que las imágenes hacían por los que no sabían leer, que eran la gran mayoría, lo que la escritura hacía por los que sí sabían.⁵¹⁹ En este mismo sentido, es oportuno recordar que la cultura bizantina, que se desarrolló en una región de Europa con un muy bajo nivel de alfabetización, fue fundamentalmente una cultura de íconos.⁵²⁰

La música es una forma de comunicar emociones y sentimientos; según una frase atribuida a Aldous Huxley, “después del silencio, lo que más se acerca a expresar lo inexpresable es la música”. En cuanto a la fotografía, no debe perderse de vista que ésta, con su capacidad de comunicar dramáticamente un hecho, no es una mera representación de la realidad, y que con ella se suele transmitir un mensaje que, de otra manera, requeriría de varias páginas escritas; nadie duda que la fotografía de un niño famélico, en la portada de la revista *Time*, o la imagen, transmitida en directo por la televisión, de un avión estrellándose en contra de una de las ahora legendarias torres del World Trade Center en Nueva York, dicen mucho más que cualquier comentario sobre el hambre en el mundo, o sobre el terrorismo y los conflictos internacionales.

Para comunicar nuestras ideas y sentimientos, la expresión artística constituye una forma más refinada y sofisticada que la expresión verbal; de manera que, en cuanto aquélla es un instrumento para transmitir un mensaje que refleja las ideas o sentimientos del autor, la expresión artística también constituye una forma de expresión protegida. Según un proverbio chino que recoge esta idea, un dibujo dice más que mil palabras; en este sentido, el *Guernica* de Pablo Picasso es mucho más que una pintura: es el grito desgarrador del artista en contra del fascismo y los horrores de la guerra. Las escenas de una película son lo suficientemente elocuentes como para expresar, sin palabras, esas mismas ideas o sentimientos, traduciendo el mensaje que el cineasta quiere transmitir. Asimismo, el Taj Mahal, o la estatua de la libertad, son algo más que una simple obra arquitectónica o una escultura; ellas reflejan determinados sentimientos e ideas fácilmente identificables; no puede perderse de vista que, por lo menos desde los tiempos del emperador Augusto, las estatuas

⁵¹⁹ Citado por Briggs, Asa y Burke, Peter, *De Gutenberg a internet: una historia social de los medios de comunicación*, Madrid, Taurus, 2002, p. 18.

⁵²⁰ *Idem*.

han sido empleadas como una forma de propaganda política. Una sinfonía, como la Sinfonía Heroica de Beethoven, escrita por su autor como una oda a las victorias de Napoleón, no constituye solamente un conjunto armonioso de notas musicales, sino que es la forma como el artista comunica y transmite no sólo su estado de ánimo, sino también sus sentimientos, sus opiniones y sus ideas. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos,

la música es una de las más viejas formas de expresión humana. Desde los discursos de Platón, en *La República*, hasta el Estado totalitario de nuestra época, los gobernantes han conocido su capacidad para apelar al intelecto y a las emociones, y han censurado composiciones musicales para servir las necesidades del Estado... La música, como forma de expresión y comunicación, está protegida bajo la Primera Enmienda (de la Constitución de los Estados Unidos).⁵²¹

En cuanto a la danza, ésta ha sido definida como el lenguaje del cuerpo; el arte de mover el cuerpo de un modo rítmico, normalmente al compás de la música, para expresar una emoción o una idea, para narrar una historia, o simplemente para deleitarse con el movimiento.⁵²² De manera mucho más elocuente, el poeta francés, Stéphane Mallarmé, sostenía que el bailarín, “escribiendo con su cuerpo... sugiere cosas que la obra escrita sólo puede expresar en varios párrafos de diálogo o de prosa descriptiva”.⁵²³ En tal sentido, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos ha observado que la danza es una antigua forma de arte, que inherentemente encarna la expresión y comunicación de ideas y emociones.⁵²⁴ Del mismo modo, una fotografía, o una obra de artesanía,

⁵²¹ Cfr. *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989). Además de *La República*, de Platón, la sentencia también cita “Musical Freedom and Why Dictators Fear It”, publicado en *The New York Times* el 23 de agosto de 1981, “Soviet Schizophrenia Toward Stravinsky”, publicado en *The New York Times* el 26 de junio de 1982, y “Symphonic Voice from China is Heard Again”, publicado en *The New York Times* el 11 de octubre de 1987.

⁵²² Cfr. *The New Enciclopedia Britanica*, 15a. ed., Chicago, Enciclopedia Británica, 1988, p. 935.

⁵²³ Citado por el juez White de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su opinión disidente en *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560 (1991).

⁵²⁴ Cfr. *Miller v. Civil City of South Bend*, 904 F.2d 1081, 1087 (1990), citado por el juez White de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su opinión disidente en *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560 (1991).

son todas formas de manifestar ideas o sentimientos que, según el tenor de los instrumentos que examinamos, se encuentran protegidas por el derecho a la libertad de expresión.

Es interesante subrayar que el artículo 17, letra a), de la Ley Fundamental de Austria garantiza expresamente la libertad de creación artística, así como la publicación y enseñanza del arte. En el mismo sentido, el artículo 5 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania contempla expresamente la expresión artística, al disponer que: “1. Todos tienen el derecho a expresar y difundir libremente su opinión por medio de la palabra, por escrito y por la imagen... (que) la libertad de información por radio y cinematografía están garantizadas... (y que) el arte y la ciencia... son libres”. Asimismo, el artículo 20, letra b), de la Constitución española, reconoce y protege el derecho a la producción literaria y artística, como parte de la libertad de expresión. Sin embargo, al conocer de la acusación en contra de un pintor que había exhibido públicamente sus pinturas, el fiscal consideró que las mencionadas pinturas quedaban comprendidas en la prohibición de publicaciones obscenas prevista en el artículo 204 del Código Penal; luego de la sentencia dictada por los tribunales del cantón de Friburgo, sancionando al pintor y confiscando tres de sus pinturas, la Corte de Casación sostuvo que, incluso en la esfera de las bellas artes, la expresión artística estaba igualmente sometida a las restricciones impuestas por la legislación penal, sin que pudiera invocar una condición privilegiada.⁵²⁵

En el caso *Ward v. Rock Against Racism*, se objetaba una ordenanza municipal en cuanto ésta pretendía regular precisamente los aspectos musicales de un concierto, ofreciendo como justificación el control del ruido. Los afectados alegaban que con esa ordenanza la ciudad de Nueva York buscaba ejercer un control artístico sobre las actuaciones que se presentaran en la concha acústica del Parque Central, imponiendo una concepción burocrática de lo que se podía considerar buen sonido. La Corte Suprema de los Estados Unidos admitió que cualquier intento gubernamental para servir fines puramente estéticos, imponiendo patrones subjetivos de lo que era aceptable en términos de mezcla de sonidos, hacía surgir serias preocupaciones respecto de la libertad de expresión; pero teniendo en consideración que el técnico en sonido proporcionado por

⁵²⁵ *Cfr.* la cita de los párrafos pertinentes en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Müller and others*, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafos 12 a 18.

la ciudad daba amplia autonomía a los patrocinadores del evento en cuanto a mezcla de sonidos, haciendo todo lo posible para satisfacer los deseos de estos últimos, el tribunal antes citado concluyó que la ordenanza municipal que se impugnaba no tenía ningún impacto material en la habilidad de los ejecutores del concierto para tener completo control artístico sobre la calidad del sonido.⁵²⁶ Por otra parte, en opinión del juez Marshall, afirmar que el sonido pueda estar demasiado alto, que sea bullicioso o discordante, puede enmascarar la desaprobación de la música como tal, y citando a N. Slonimsky, recuerda que la nueva música siempre suena alta a oídos nuevos; Beethoven parecía hacer más ruido que Mozart; Liszt fue más bullicioso que Beethoven, y Schoenberg y Stravinsky, más bulliciosos que cualquiera de sus predecesores.⁵²⁷

La Corte Europea de Derechos Humanos no ha sido menos insensible al reconocimiento de la expresión artística como medio de expresión protegido. En su opinión, el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos incluye la libertad de expresión artística, notablemente dentro de la libertad para recibir e impartir informaciones e ideas, que proporciona la oportunidad de tomar parte en el intercambio público de información cultural, política y social, así como en el intercambio de ideas de todo tipo. Para el tribunal europeo, aquellos que crean, presentan en forma teatral, distribuyen, o exhiben obras de arte contribuyen a ese intercambio de ideas y opiniones que es esencial para una sociedad democrática. Además, la Corte recuerda que no debe olvidarse que el artículo 10 de la Convención Europea protege no solamente la sustancia de las informaciones e ideas expresadas, sino también la forma en que ellas son comunicadas.⁵²⁸

De manera que, no obstante la suficiente claridad en el lenguaje de los instrumentos internacionales que comentamos, no está de más reiterar que las opiniones, informaciones o ideas se pueden divulgar “por cualquier medio de expresión”. Ello permite abarcar toda forma de expresión verbal, oral o escrita, al igual que otras formas de expresión, ya sean ellas artísticas o simbólicas.

⁵²⁶ *Cfr.* Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989).

⁵²⁷ *Idem.*

⁵²⁸ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Karatas v. Turkey, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 49.

IV. LAS FORMAS DE EXPRESIÓN COLECTIVA

Un aspecto poco explorado de la libertad de expresión es el que se refiere al ejercicio colectivo de la misma, o a formas de expresión colectiva que se practican a través de la reunión, la manifestación, la asociación o el culto colectivo a una deidad. Es cierto que en los instrumentos internacionales de derechos humanos, cada uno de estos aspectos ha sido regulado en forma separada, como si se tratara de derechos distintos e independientes de la libertad de expresión; pero tampoco puede escapar a nuestra atención que, en cuanto formas de expresión colectiva, ellos se rigen por los mismos principios que sirven de base a la libertad de expresión. Teniendo en cuenta esos elementos, Jacques Robert se ha referido a la libertad de reunión, a la libertad de asociación, e incluso a la libertad de circulación, como “libertades de expresión colectiva”.⁵²⁹ De manera semejante, el juez Charles E. Hughes, siendo presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sostuvo que el derecho de reunión pacífica es un derecho consanguíneo con la libertad de expresión y de prensa;⁵³⁰ este comentario se puede hacer extensivo a la libertad de asociación, que supone el concurso de una colectividad para la realización de un objetivo común, muchas veces de naturaleza ideológica, y a la libertad de conciencia y religión que, desde luego, implica el despliegue público de símbolos, o la manifestación colectiva de un culto o de determinadas creencias religiosas. Tampoco es mera coincidencia que en la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos la libertad de expresión se encuentre amalgamada con la libertad de conciencia y religión, con el derecho de reunión pacífica, y con el derecho de petición al gobierno para que éste repare un eventual agravio. Asimismo, en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades,⁵³¹ en su parte I, número 2, se proclama, en un mismo bloque, como libertades fundamentales a las que tiene derecho toda persona, la libertad de conciencia y religión, la libertad de pensamiento, creencia, opinión y expresión, incluyendo la libertad de prensa y de otros medios de comunicación, la libertad de reunión pacífica, y la libertad de asociación.

⁵²⁹ Cfr. Jacques, Robert, *Libertés publiques*, París, Éditions Montchrestien, 1971, pp. 503 y ss.

⁵³⁰ Cfr. *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937).

⁵³¹ En vigor desde el 17 de abril de 1982.

En cuanto se refiere específicamente a la libertad de conciencia y religión, se ha sostenido que ésta tiene dos sentidos: uno que coincide con la libertad de expresión, y otro, que supone la libertad para formarse una opinión o creencia religiosa, o para cambiarla, pero que requiere de la libertad de buscar y recibir información como un medio, o como un instrumento para su realización práctica.⁵³² En ambos aspectos la libertad de expresión es indispensable para el ejercicio de la libertad de conciencia y religión. Ese carácter instrumental de la libertad de expresión también ha sido subrayado por la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha señalado que la libertad de expresión es el principal medio de asegurar el disfrute efectivo de los derechos de reunión y de asociación.⁵³³ Esta estrecha conexión entre libertad de expresión y libertad de conciencia y religión se puede observar en numerosos textos constitucionales. En particular, el artículo 19, número 6, de la Constitución de Chile, se refiere a la “manifestación” de todas las creencias y al ejercicio libre de todos los cultos; en el mismo sentido, después de consagrar la libertad de conciencia y de religión, “en forma individual o asociada”, el artículo 2, número 3, de la Constitución del Perú dispone que el ejercicio público de todas las confesiones es libre; por su parte, el artículo 19 de la Constitución de Colombia dispone que toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla “en forma individual o colectiva”; asimismo, el artículo 19 de la Constitución italiana establece que todos tienen derecho a profesar libremente su propia fe religiosa en cualquier forma, individual o asociada, a realizar propaganda y a ejercer en privado o en público el culto, siempre que no se trate de ritos contrarios a las buenas costumbres; el artículo 4 de la Constitución alemana señala que el libre ejercicio del culto está garantizado; en fin, de modo más explícito, el artículo 16 de la Constitución de España se refiere a 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.

En lo que concierne al derecho de reunión, es indudable que éste carece de sentido si no es para el intercambio de ideas, opiniones e informa-

⁵³² Cfr. las declaraciones de José Zalaquett, como perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 45, letra c).

⁵³³ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Nilsen and Johnsen v. Norway, sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 44.

ciones. Aunque figuren en disposiciones diferentes, esa relación entre la libertad de expresión con los derechos de reunión y de asociación también se hace evidente en el artículo 9o. de la Constitución de México. En efecto, al referirse conjuntamente a los derechos de reunión y de asociación, la disposición antes citada señala que ninguna reunión armada tiene derecho a deliberar; pero allí está implícito que el objeto de toda reunión es, precisamente, deliberar, en el sentido de debatir distintas opiniones y puntos de vista; además, el propósito deliberante de toda reunión queda de manifiesto en el párrafo segundo del mismo artículo, el cual expresa que “no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición, o presentar una protesta por algún acto a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee”. En este mismo sentido, el artículo 37 de la Constitución de Colombia consagra el derecho de toda parte del pueblo a reunirse y “manifestarse” públicamente; obviamente, lo que se manifiesta son las ideas u opiniones.

El derecho a manifestar, pacíficamente y sin armas, previsto, entre otros textos, en el artículo 68 de la Constitución de Venezuela, ejercido por un conjunto de personas, no puede desligarse de la protesta política; ésta es, simplemente, el medio escogido para hacerla pública, y así queda de manifiesto en el párrafo segundo de la disposición antes citada, la cual indica que se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas, agregando que la ley deberá regular la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público.

En más de una ocasión la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que, a pesar de su función autónoma y de su particular esfera de aplicación, la libertad de reunión y de asociación debe considerarse en el marco de la libertad de expresión, teniendo en cuenta que la libertad de sostener opiniones y el derecho a recibir y difundir informaciones e ideas es uno de los objetivos de la libertad de reunión y asociación.⁵³⁴ En tal sentido, en el caso *Steel and others v. The United Kingdom*, en que se objetaba las medidas adoptadas por el Estado como consecuencia de la participación de los peticionarios en distintas manifestaciones públicas,

⁵³⁴ *Cfr.*, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ahmed and others v. The United Kingdom*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafo 70.

éstos alegaron tanto la violación de su libertad de expresión como de la libertad de reunión y asociación; sin embargo, la Corte Europea, después de haberse pronunciado respecto del primer alegato, dando por establecido que las medidas adoptadas por el Estado en algunos casos constituían una violación de la libertad de expresión mientras que en otros de los casos denunciados no tenían ese carácter, no consideró necesario pronunciarse sobre la violación del derecho de reunión, pues éste no planteaba problemas diferentes que los ya examinados en el contexto de la libertad de expresión.⁵³⁵ En el caso *Chorherr v. Austria*, el propio gobierno del Estado demandado subrayó esa relación entre la libertad de expresión y la libertad de reunión, señalando las obligaciones positivas que le incumben al Estado en el marco del artículo 11 de la Convención Europea, relativo a la libertad de reunión y asociación.⁵³⁶ Insistiendo en esas obligaciones positivas que le incumben al Estado, en un caso más reciente, la Corte Europea consideró que, al permitir a los empleadores utilizar incentivos financieros para inducir a los empleados a renunciar a importantes derechos sindicales, el Estado habría fallado en esa obligación positiva que tiene de asegurar el disfrute de los derechos individuales consagrados en el artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y que esta infracción equivale a una violación de la libertad de asociación.⁵³⁷ Respecto de esos mismos hechos, los peticionarios habían alegado que ellos demostraban que el Estado también había fallado en proteger su libertad de expresión, y que esa medida constituía una interferencia con la libertad de opinión de los empleados, pues, de acuerdo con la misma, debía permitirse a los empleados elegir ser representados por un sindicato en las negociaciones con el empleador; sin embargo, la Corte no consideró necesario examinar esta queja en forma separada del derecho de asociación.⁵³⁸

En la práctica la libertad de expresión, junto con la libertad de asociación, que es una de sus manifestaciones, son esenciales para el progreso y desarrollo constante de una sociedad democrática; de manera que, sin

⁵³⁵ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Steel and others v. The United Kingdom*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, párrafo 113.

⁵³⁶ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Chorherr v. Austria*, sentencia del 25 de agosto de 1993, párrafo 27.

⁵³⁷ *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.

⁵³⁸ *Ibidem*, párrafos 49 y 50.

perjuicio de su regulación en forma separada en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, al menos conceptualmente, ambas se amalgaman en un solo derecho, que es la libertad de expresión, y que tiene distintas manifestaciones.

Sin negar su condición de formas de expresión colectiva, esta conexión entre la libertad de expresión y los derechos de reunión, de asociación, y la libertad de conciencia y religión, ha sido vista de manera diferente por Danilo Türk y Louis Joinet. Si bien los autores citados no se desconocen el carácter autónomo de cada uno de estos derechos, para ellos el derecho a la libertad de expresión no se debe considerar aisladamente, sino en el contexto de los otros derechos humanos, y sólo puede tener significado cuando se le considera junto con todos ellos; en opinión de ambos, el concepto de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, que ya es de aceptación general, se puede formular como un conjunto de círculos concéntricos, en donde el primer círculo correspondería a los derechos a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; en un segundo círculo se situarían la libertad de reunión, la libertad de asociación y el derecho de manifestación pacífica; por último, estaría el círculo que contendría el derecho a participar en el gobierno. Pero todos los demás derechos civiles y políticos estarían indirectamente vinculados a la libertad de expresión.⁵³⁹

V. LA EXPANSIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: DE GUTENBERG AL CIBERESPACIO

Cualquier persona normal puede ver y tocar el teléfono o el ordenador que están sobre la mesa de al lado. Pero no puede decirse lo mismo de las redes que nos conectan con el resto del mundo. Así pues, somos ignorantes en gran parte de los avances que con sus altas velocidades las están convirtiendo en algo parecido al sistema nervioso de nuestra sociedad.

Alvin TOFFLER, en *El cambio del poder*

⁵³⁹ 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 5.

Con la invención de la imprenta, alrededor del año 1450, Juan Gutenberg magnificó el impacto de las palabras, y originó una verdadera revolución en cuanto a los medios de comunicación entonces disponibles. Sin duda, además de permitir registrar el pensamiento, como instrumento técnico, la imprenta impulsó cambios trascendentales en la sociedad. El valor de la imprenta no radica en la fuerza del pensamiento, o en el contenido del mensaje, sino en la posibilidad de hacerlo accesible a muchas personas, estimulando el debate público y el cuestionamiento de la autoridad; esa circunstancia no podía ser motivo de celebración para los gobernantes. Pero, para que pudieran llegar a muchas personas y tuvieran algún impacto, los mensajes impresos debían depender del transporte, y del tiempo que tomaba llevarlos de un sitio a otro.⁵⁴⁰ En ese continuo proceso de expansión de las posibilidades técnicas para comunicarse, el telégrafo, el teléfono y, en menor medida, la radio, pusieron fin a la tiranía de la distancia, y marcaron una ruptura con el transporte de mercancías, del cual dependía —y depende— la distribución de textos impresos. El cine, la televisión, el radiotransistor, el vídeo, las videoconferencias vía satélite, y los microprocesadores, constituyen un nuevo y trascendental paso adelante; en el caso de los microprocesadores, mientras las unidades de tratamiento y almacenamiento de datos son cada vez más pequeñas, su capacidad para el almacenamiento de información y su velocidad se han multiplicado a niveles antes no imaginados.

Actualmente el desarrollo científico y tecnológico ofrece nuevas y sorprendentes posibilidades para comunicarse, incluyendo esa ventana abierta al mundo que es internet, que a través de computadores que se conectan entre sí permite una comunicación más estrecha a nivel mundial, y que el ex vicepresidente de los Estados Unidos, Albert Gore, comparó con una gran autopista, por la que circula todo tipo de información. Además de que internet es en sí misma una oferta de información a la carta, en función de los intereses de cada usuario, los medios de comunicación también tienen sus propios portales —o páginas— en la red, en los que pueden difundir opiniones e informaciones sin la tiranía del tiempo o del espacio. Todas esas nuevas tecnologías de la información no so-

⁵⁴⁰ Según Assa Briggs y Peter Burke, en el imperio ruso en tiempos de Catalina la Grande, una orden imperial tardaba 18 meses en llegar de San Petersburgo a Kamchatka, en Siberia. *Cfr. De Gutenberg a internet: una historia social de los medios de comunicación*, Madrid, Taurus, 2002, p. 39.

lamente han cambiado la forma como nos comunicamos, sino también la manera como pensamos, y como nos relacionamos con los demás; desde que —el 12 de agosto de 1981— apareció el primer computador personal, se calcula que en la actualidad (veinte años después) hay más de 500 millones de hogares en el mundo que cuentan con uno de estos equipos, los cuales tienen una memoria 8 mil veces mayor que el modelo original, y que operan a una velocidad promedio de 1,2 GHz, que es 251 veces más rápido que aquél. Aunque esta circunstancia no nos sitúe necesariamente más cerca de una oficina sin papel, por razones que no son exclusivamente económicas, los documentos digitales han experimentado una expansión considerablemente mayor que el crecimiento cuantitativo de su contrapartida impresa; a pesar del insustituible placer de tocar un libro, ya existen libros en versión digital, y algunas casas editoriales, como Random House, han sustituido parte de su producción impresa por textos digitales. Así como la imprenta sustituyó al copista, la capacidad para transmitir un texto desde cualquier sitio donde haya una conexión a internet nos coloca en presencia de un cambio radical en la sociedad, que ya está dando paso a una transformación de las bibliotecas tradicionales, y que sugiere que, a corto o mediano plazo, también deberán producirse algunos cambios en la prensa escrita. Por el momento, el correo electrónico ya ha desplazado al correo tradicional, reservando para este último básicamente la función de transportar documentos originales.

Durante el siglo XX, y particularmente en la segunda mitad del mismo, los medios de comunicación se han multiplicado, y han ido adquiriendo un alcance cada día más amplio. De las sencillas formas de comunicación directa entre dos personas hemos pasado a medios de comunicación impersonales, que forman parte de inmensas redes de información y comunicación, y que pueden abarcar a millones de personas. Pero, al mismo tiempo, muchos de estos modernos medios de comunicación tienen un carácter elitescos que, ya sea por su complejidad, por su costo, o por razones culturales, resultan inaccesibles para inmensos sectores de la población. Ya comienza a observarse una peligrosa brecha entre aquellos que tienen acceso a las modernas tecnologías de la información y un sector social que, por el contrario, se encuentra al margen de uno de los más importantes beneficios del progreso, y se ven desprovistos del acceso a un medio de comunicación vital para el desarrollo individual y colectivo.

En un mundo en el que las comunicaciones interpersonales continúan siendo un elemento indispensable, el desarrollo tecnológico ofrece nu-

merasas posibilidades, que van desde los servicios postales —públicos o privados—, pasando por una inmensa red telefónica mundial, con comunicaciones por satélite, hasta llegar al correo electrónico. El télex y el telégrafo ya forman parte de la historia, y han sido sustituidos por el teléfono celular y otros pequeños aparatos que caben en la palma de la mano y que pueden llevarse cómodamente en el bolsillo, y que han servido de avanzada a una ya incipiente tecnología de las comunicaciones sin cable. Además de lo anterior, también es pertinente destacar el papel que aún ocupa la fotografía en cuanto medio de información y comunicación. Según el Tribunal Constitucional español, la fotografía, particularmente si ella está incorporada en un periódico, debe entenderse englobada en la totalidad de la información, y no puede ser objeto de un juicio diferente del que merecen los datos puestos en conocimiento público por ese medio de comunicación; lo contrario sería afirmar que sólo se encontraría protegida la libertad de comunicar información por medio de palabras —escritas u oralmente vertidas—, o que la libertad de información escrita posee un régimen jurídico distinto y privilegiado respecto de la que se comunica por medio de la imagen gráfica.⁵⁴¹ Por consiguiente, a juicio del Tribunal Constitucional español, la fotografía merece el mismo tratamiento que se debe dar a la información en su conjunto, lo que hace que, como parte del derecho a la información, deba prevalecer sobre el derecho a la propia imagen.⁵⁴²

Por otra parte, el cine, la radio y la televisión, con las posibilidades adicionales que ofrece la televisión por cable, forman parte de los modernos medios de comunicación de masas, que —por ofrecer programas que en su mayoría provienen de los países industrializados— plantean la amenaza de una dominación cultural; precisamente esa posibilidad fue el principal motivo de preocupación de la UNESCO en la década de los años ochenta.⁵⁴³ Hasta ahora, esa amenaza no ha sido superada y, muy por el contrario, se ha visto fortalecida por las modernas tecnologías de la información y la comunicación. En este sentido, si en los últimos años

⁵⁴¹ Cfr. la sentencia núm. 132/1995, del 11 de septiembre de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 923/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 14 de octubre de 1995, núm. 246 (suplemento).

⁵⁴² *Idem*.

⁵⁴³ Cfr. MacBride, Sean *et al.*, *Un solo mundo, voces múltiples: comunicación e información en nuestro tiempo*, México-París, Fondo de Cultura Económica-UNESCO, 1980.

el crecimiento del número de satélites que circundan el globo terráqueo para proporcionar redes de comunicación ha sido espectacular, más impresionante ha sido el impacto que ha tenido internet en el mundo de las comunicaciones. A corto plazo, la digitalización de las comunicaciones permitirá que a través de internet operen infinidad de canales de radio y televisión, sin necesidad de utilizar el espectro radioeléctrico y, por lo tanto, sin tener que someterse al control estatal en materia de concesiones y licencias para su utilización.

Sin lugar a dudas, el medio de comunicación que actualmente resulta más notable es esa inmensa red de información y comunicación conocida como Internet;⁵⁴⁴ se trata de una red internacional de computadoras interconectadas a través del teléfono, que permite la comunicación de millones de personas a nivel mundial, y que hace posible el acceso a vastos volúmenes de información procedentes de distintas fuentes, a lo largo de todo el mundo. Cualquier persona con acceso a Internet puede hacer uso de una variedad de métodos de información y comunicación, entre los cuales se puede mencionar el correo electrónico, las “salas” de conversación, los grupos de noticias, y la misma red mundial (“World Wide Web”), que permite buscar información de todo tipo, almacenada en computadores a veces situados en los sitios más remotos. Este moderno medio de comunicación es único en su especie, y está a disposición de cualquier persona que posea un computador y un teléfono, en cualquier lugar del mundo; pero como el medio en sí mismo no está situado en ningún lugar geográfico determinado, es conocido por sus usuarios como el “ciberespacio”. Diariamente, el intercambio de información en la red supera los millones de mensajes, abarcando la más amplia gama de temas que se pueda imaginar (incluyendo música, literatura, material subversivo, pornografía, anuncios comerciales, información deportiva, mensajes racistas, etcétera), pudiendo afirmarse que el contenido de esa información y de esos mensajes es tan diversa como pueda ser el pensa-

⁵⁴⁴ Ella es el resultado del desarrollo de lo que en 1969 comenzó siendo un proyecto militar estadounidense denominado ARPANET (Advanced Research Project Agency Net), que estaba diseñado para permitir a las computadoras de los militares, las empresas privadas que contratan el suministro de equipos militares, y las universidades que conducen proyectos de investigación relacionados con la defensa nacional para comunicarse entre sí. Aunque dicho proyecto ya no existe, proporcionó las bases para redes civiles que, a través de una línea telefónica conectada al computador, permitieran la comunicación entre millones de personas.

miento humano. En cierto sentido, internet puede compararse a una inmensa biblioteca, con millones de documentos a disposición del usuario, o también con un centro comercial que ofrece una amplia variedad de mercancías y de servicios. Desde el punto de vista del autor del mensaje, ya sea éste un gobierno, una universidad, una empresa comercial, una organización no gubernamental o un simple individuo, internet constituye una plataforma que permite dirigirse a millones de lectores, investigadores, o eventuales compradores. A diferencia de la prensa escrita, o de la radio o la televisión, en internet no existe la tiranía del espacio ni del tiempo. Paralelamente, ningún gobierno u organización está en capacidad de controlar o bloquear el acceso a la red, y mucho menos de controlar el contenido de la información que pueda originarse fuera de sus respectivos países.

El contenido de los mensajes que se difunden en la red, al igual que el contenido de los mensajes que se difunden a través de otros medios, hace surgir los mismos conflictos que, en cualquier contexto, imponen la tarea de ponderar los límites de la libertad de expresión frente a otros derechos o intereses igualmente legítimos; sin embargo, las características técnicas de la red, que permiten que cualquier persona que haga uso de ella se vea expuesta a que muchos de sus datos personales puedan ser descubiertos, almacenados y procesados, hacen que sea mucho más difícil preservar la intimidad de las personas, e impedir que esa información sea utilizada indebidamente. Por otra parte, teniendo en consideración que la ubicación o la identidad de quienes hagan un uso ilegítimo de la red no siempre es fácil de determinar, en el caso de quienes hayan sido objeto de ataques a su honor o a su reputación por este medio, o de quienes hayan visto atropellado su derecho a la propiedad intelectual de una obra determinada, tampoco hay, actualmente, mecanismos idóneos que permitan obtener una reparación oportuna, por lo que es necesario que tanto en la esfera interna como en la internacional el derecho se adapte a esta nueva tecnología.

Pero, paralelamente, hay que tener presente que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación permiten, igualmente, alterar una imagen fotográfica, interceptar una conversación telefónica, o acceder a los archivos privados de una persona cualquiera, de una empresa, e incluso a los archivos computarizados de alguna dependencia gubernamental, incluyendo los archivos policiales y militares. Por lo tan-

to, el derecho debe estar igualmente preparado para responder a esta circunstancia, que sin duda también repercute en los contornos de la libertad de expresión.

VI. LA PRENSA Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

La libertad de prensa es la libertad de imprimir aquello a lo que no objetan los prejuicios del propietario de la imprenta, o los del anunciante.

Hannen SWAFFER, en conversación con Tom Driberg.

Si hay algo que suele generar controversia, es la muy frecuente pretensión de los propietarios de los medios de comunicación, que tiende a identificar la libertad de expresión con la libertad de prensa, y que erige a los medios de comunicación de masas en voceros de los intereses de la comunidad. En realidad, a partir de la importancia de los medios de comunicación independientes en una sociedad democrática, no son escasos los textos constitucionales en que se consagra la libertad de prensa, confundiendo ésta con la libertad de expresión. Pero ésta es una materia que tiene muchas aristas, y que debe examinarse con cuidado.

En cuanto derecho humano, la libertad de expresión es un derecho individual, que no puede confundirse con la libertad de prensa, entendida como una actividad económica, que persigue un fin de lucro, y que tiene como titular a los dueños de los medios de comunicación de masas (que con frecuencia son personas jurídicas) o, en el mejor de los casos, a los periodistas, con lo cual se estaría otorgando un trato privilegiado a una categoría de personas, que no corresponde a la esencia de los derechos humanos. Es precisamente esta circunstancia la que permitió a un periodista estadounidense —Abbott J. Liebling— ironizar sobre esta materia, y sostener que “la libertad de prensa está garantizada sólo para aquellos que poseen una”.⁵⁴⁵ Hace más de medio siglo que se ha subrayado el efecto que tiene el régimen de propiedad de los medios de comunicación sobre la libertad de expresión. En un informe de 1947, elaborado por una

⁵⁴⁵ Abbott Joseph Liebling, citado, entre otros, por Baker, C. Edwin, *Advertising and a Democratic Press*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1994, p. 128.

comisión designada para examinar la libertad de prensa en los Estados Unidos, se sostiene que la prensa se ha transformado en una enorme y complicada maquinaria, que ha llegado a convertirse en un gran negocio, y que, por lo tanto, el derecho a la libre expresión pública ha perdido su connotación original; según el referido informe, ahora la protección frente al Estado no es suficiente para garantizarle a alguien que tenga algo que decir que tendrá la oportunidad de decirlo, pues son los propietarios y administradores de los medios de comunicación quienes determinan qué personas, qué hechos, cuál versión de los hechos, y qué ideas, tendrán acceso al público.⁵⁴⁶ De manera que, en lo que se refiere a su actividad económica, y particularmente en lo que tiene que ver con las relaciones laborales, con la constitución de monopolios, o con el pago de impuestos, los medios de comunicación social están sujetos a regulación igual que cualquier otro negocio; en todo caso, esa regulación estatal no puede interferir con el criterio editorial en cuanto al contenido de los mensajes que se difundan, ni puede exigir de los medios de comunicación que éstos reflejen la ideología dominante. Pero tampoco debe perderse de vista que la información no es simplemente una mercancía, sino que es un elemento vital en una sociedad democrática; el acceso a la información es tan importante como la protección del medio ambiente o de la seguridad nacional, y el simple funcionamiento del mercado no es suficiente para garantizarlo.

A partir de la información que se omite o que se suprime, o de la manipulación de la información (para no mencionar situaciones en que decididamente se han falseado los hechos), la pretendida objetividad de la prensa, así como su verdadera contribución al proceso político, ha sido severamente criticada. Incluso, el mismo Thomas Jefferson, que había afirmado que prefería periódicos sin un gobierno a un gobierno sin periódicos, en 1807, al final de su segundo mandato como presidente de los Estados Unidos, resentido y molesto por los ataques periodísticos de que había sido objeto durante su gestión, sostenía que nada se puede creer de lo que se lee ahora en un periódico, y que la verdad misma se vuelve sospechosa al colocarse en ese instrumento contaminado que es la prensa,

⁵⁴⁶ Cfr. el informe de la Comisión sobre Libertad de Prensa, "A Free and Responsible Press", University of Chicago Press, Chicago, 1947, pp. 15 y ss., citado por Sunstein, Cass R., "A New Deal for Speech", en David, S. Allen and Jensen, Robert (compiladores), *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*, New York University Press, Nueva York y Londres, 1995, p. 75.

concluyendo que una persona que nunca eche una mirada a un periódico está mejor informada que quien los lee; esa decepción con la prensa, más que disiparse, se fortaleció con el paso del tiempo, y, en una carta dirigida a Walter Jones, de diciembre de 1814, Jefferson llegó al extremo de deplorar lo que él llamaba “el putrefacto estado en que han caído nuestros periódicos, y la malicia, vulgaridad y espíritu mentiroso de los que escriben en ella”.⁵⁴⁷ En el mismo sentido, a partir del análisis de la cobertura periodística de situaciones similares, en que ciertamente lo que está en juego son los mismos valores, Chomsky y Herman han señalado que los medios de comunicación están al servicio de los fines de los grupos de presión que los controlan y de un modelo de propaganda ideológica, que hace que las noticias pasen por varios filtros⁵⁴⁸ que conducen a una curiosa dicotomía en el tratamiento de la información, cuyo resultado sería difícil de superar incluso por un Estado totalitario.⁵⁴⁹ Con el au-

⁵⁴⁷ Citado por Muñoz-Alonso, Alejandro, “La democracia mediática”, en Muñoz-Alonso, Alejandro y Rospir, Juan Ignacio (comps.), *Democracia mediática y campañas electorales*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 14.

⁵⁴⁸ Entre los que sobresalen: 1) la magnitud de las inversiones que requieren los medios de comunicación, lo cual reduce la posibilidad de acceder a los mismos y facilita las conexiones con empresas gigantescas, cuyos intereses son los que orientan el contenido de la información; 2) el beneplácito de la publicidad, que es la principal fuente de ingresos de los medios, y que determina el contenido de la información; 3) la existencia de una relación simbiótica con las fuentes de la información, que los hace depender de ellas, tanto por necesidades económicas como por reciprocidad de intereses, lo que privilegia a esas fuentes en desmedro de otras y afecta la imparcialidad y credibilidad de la información.

⁵⁴⁹ Cf. Chomsky, Noam y Herman, Edward S., *Los guardianes de la libertad*, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 71 y ss. Los autores comparan, entre otros casos, el tratamiento que *The New York Times*, la revista *Time*, la revista *Newsweek*, y CBS News proporcionaron, por una parte, al asesinato por la policía polaca del sacerdote Jerzy Popieluzko y, por la otra, la información que esos mismos medios proporcionaron de los asesinatos del padre Rutilio Grande, del arzobispo Óscar Arnulfo Romero, y de otras setenta y dos víctimas en El Salvador —un país en el área de influencia de los Estados Unidos— observando diferencias sustanciales en términos de cobertura informativa, amplitud y reiteración de los detalles del asesinato, la indignación que cada uno de esos hechos provocó en los medios, la insistencia en que se hiciera justicia en el primer caso sin que se observara igual celo en los otros, la búsqueda de responsabilidades en la cumbre en el primer caso y no en los otros, la atención que se dispensó a cada hecho, su ubicación en el medio (publicándolo en primera página o como una nota marginal en las últimas páginas), el tono con que se trató cada noticia, etcétera, que sugería que unas víctimas eran más valiosas y más dignas de atención que otras. Los autores utilizaron una estructura de análisis semejante para comparar la cobertura noticiosa de las elecciones celebradas en Nicaragua en

ge de la publicidad, la cual puede absorber totalmente el costo de producción de un periódico, dejando en desventaja a quienes carecen de anuncios, son las elecciones de los anunciantes las que determinan la prosperidad y la supervivencia de los medios. Según Chomsky y Herman, después de la Segunda Guerra Mundial, esta circunstancia afectó seriamente a la prensa socialdemócrata en Inglaterra (cuyos lectores son de escasos recursos y, debido a su limitada capacidad de consumo, no interesan a los anunciantes), la cual, entre 1960 y 1967 vio cómo algunos de sus periódicos desaparecían o eran absorbidos por otras cadenas informativas, no obstante que uno de ellos —*The Daily Herald*— con 4.7 millones de lectores en el último año, tenía más del doble de los lectores de *The Times*, *The Financial Times* y *The Guardian* juntos; la desaparición de esos medios de comunicación habría contribuido a la derrota del partido laborista inglés, que se vio privado del apoyo de medios de comunicación que tradicionalmente habían sido sus aliados.⁵⁵⁰ Asimismo, como son los anunciantes los que compran y pagan los programas de televisión, la programación va dirigida a la audiencia con poder adquisitivo, y cualquier caída en la misma se traduce en una disminución de los beneficios derivados de la publicidad, obligando a cambios en la programación; las grandes empresas que anuncian sus productos en la televisión difícilmente patrocinarán programas críticos de las actividades empresariales, como la degradación del medio ambiente, las actividades de lo que se ha denominado el complejo militar industrial, o el apoyo de esas empresas a regímenes tiránicos en el tercer mundo a cambio de los beneficios que puedan obtener en los mismos; esta circunstancia se ve claramente ilustrada, por ejemplo, por el hecho que la cadena de televisión pública WNET perdió, en 1985, la publicidad de Gulf & Western después de la emisión de un documental sobre el negocio del hambre —*Hungry for Profit*—, que contenía comentarios críticos de la actividad de las empresas transnacionales en el tercer mundo, no obstante que antes de su emisión ya había sido editado precisamente para evitar una reacción empresarial negativa.⁵⁵¹ En el mismo sentido, no es realista su-

1984 y, por otra parte, las elecciones celebradas en El Salvador, en 1982 y 1984, y en Guatemala, en 1984 y 1985, en que la prensa no utilizó los mismos parámetros de evaluación para calificar a las primeras como un “fraude” y a las otras como “legítimas”.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, pp. 44 y ss.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 47. *Cfr.* también Sunstein, Cass R., “A New Deal for Speech”, en Allen, David S. y Jensen, Robert (comps.), *Freeing the First Amendment: Critical Pers-*

gerir que los medios de comunicación gozan de independencia informativa frente a las grandes corporaciones que los controlan, y cuyos intereses y puntos de vista obviamente serán tenidos en cuenta tanto al elegir lo que se informa como al omitir información; pero tampoco debe perderse de vista que la libertad de expresión supone una prensa libre e independiente de los órganos del poder político, cuya función no es reflejar la percepción de los hechos que pueda tener el gobierno ni tampoco la que tenga la mayoría de la población.

Otro aspecto que ha sido objeto de críticas es el tiempo que las televisiones destinan a la publicidad, o a los programas de entretenimiento, u otros (tales como los dedicados al arte, o la historia) que no se refieren a temas delicados y controvertidos, y que es sustancialmente superior que el que se dedica a los programas que abordan asuntos de interés público; más allá de que la noticia no constituye necesariamente información, incluso la presentación espectacular de la noticia tiende a destacar lo sensacional o lo anecdótico, prestando escasa atención a los asuntos de interés general o a la formulación de políticas públicas. Esa tendencia de los medios a no producir información sino espectáculo no puede confundirse con la noción más amplia de información. Es precisamente ese tratamiento de la noticia como entretenimiento lo que llevó a Octavio Paz a observar críticamente el papel de los medios de comunicación, y a preguntarse para qué sirven hoy en día nuestros poderosos medios de publicidad si no es para propagar y predicar un chato conformismo; según ese eminente escritor, estamos en esa cárcel de espejos y de ecos que son la prensa, la radio y la televisión, que repiten desde el amanecer hasta la medianoche las mismas imágenes y las mismas fórmulas, y que han hecho que uno de los rasgos desoladores de nuestra sociedad sea la uniformidad de las conciencias, los gustos y las ideas.⁵⁵² Sin duda, sería ingenuo ignorar estas circunstancias, que constituyen un obstáculo para la plena vigencia de la libertad de expresión. En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que proteger la prensa ya no es automáticamente equivalente a proteger al ciudadano o a la comunidad, y

pectives on Freedom of Expression, Nueva York y Londres, New York University Press, 1995, pp. 67 y ss.

⁵⁵² Cfr. Paz, Octavio, "Itinerario", publicado originalmente como prólogo al volumen noveno de sus *Obras completas*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1993, pp. 15-66, y reproducido en Paz, Octavio, *Sueño en libertad: escritos políticos*, selección y prólogo de Yvon Grenier, Barcelona, Seix Barral, 2001, pp. 51 y ss.

que esa libertad puede continuar siendo un derecho de aquellos que publican la información sólo si incorpora el derecho de los ciudadanos y el interés público.⁵⁵³ En el mismo sentido, James W. Carey ha observado que la evolución de las relaciones entre medios y democracia ha ido desarrollando un sistema de “democracia sin ciudadanos”, en que los medios de comunicación han conservado un papel valioso, mientras disminuye el de los partidos políticos y el de los ciudadanos; esta situación habría generado, según el mismo Carey, una creciente desconfianza entre los medios de comunicación y el público, hasta el punto que, a los ojos del público, los medios de comunicación se han convertido en los adversarios de todas las instituciones, incluido el propio público.⁵⁵⁴

En fin, el impacto de las comunicaciones por satélite, que ha contribuido a la globalización de la información, bajo el control de grandes corporaciones del mundo occidental, también ha sido visto con reservas, en la medida en que no facilitaría el acceso a una información libre y plural. Sin embargo, no debe confundirse el medio tecnológico con el impacto de una cadena como CNN, tratando de imponer una percepción estadounidense del mundo y del hecho noticioso a públicos con culturas e intereses muy diferentes, destruyendo la diversidad de sociedades plurales.

Pero, visto desde otro ángulo, tampoco se puede ignorar que, con mucha frecuencia, la prensa es la primera víctima bajo regímenes autoritarios que, por el simple hecho de ser portadora de malas noticias, la convierten en el enemigo a combatir y derrotar. Desde sus inicios, la prensa escrita ha desempeñado un papel decisivo en la transformación del sistema político, haciéndolo más representativo y más democrático; asimismo, frente al secreto característico de un régimen autoritario, la prensa es una garantía de la libertad y un mecanismo de control del poder.⁵⁵⁵ En consecuencia, a pesar que actualmente se observa una creciente tendencia de la televisión a sustituir los programas de información política por

⁵⁵³ Cfr. *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969).

⁵⁵⁴ Cfr. “The Mass Media and Democracy: Between the Modern and the Postmodern”, *Journal of International Affairs*, vol. 47, núm. 1, 1993, citado por Muñoz-Alonso, Alejandro, “La democracia mediática”, en Muñoz-Alonso, Alejandro y Rospir, Juan Ignacio (compiladores), *Democracia mediática y campañas electorales*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 15.

⁵⁵⁵ Cfr. Muñoz-Alonso, Alejandro, “La democracia mediática”, en Muñoz-Alonso, Alejandro y Rospir, Juan Ignacio (compiladores), *Democracia mediática y campañas electorales*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 13.

los de entretenimiento, en una sociedad democrática, el papel que le corresponde a los medios de comunicación, como vehículo que hace posible el ejercicio de la libertad de expresión y que expande sus posibilidades, es algo innegable; en tal sentido, en la Declaración de Windhoek se subrayó la importancia de apoyar financieramente el desarrollo y establecimiento de periódicos y revistas que reflejen la sociedad como un todo, y los diferentes puntos de vista dentro de la comunidad a la que sirven.⁵⁵⁶ Asimismo, en el proyecto de declaración sobre libertad de información, aprobado por el Consejo Económico y Social de la ONU, se señala que los diarios, los periódicos, los libros, la radio, la televisión, el cine y otros medios de información desempeñan un papel importante, pues permiten a los hombres adquirir el conocimiento de los asuntos públicos necesario para cumplir sus deberes cívicos y orientan las actitudes recíprocas de los pueblos y naciones.⁵⁵⁷ Por consiguiente, cualquier intento por evitar los excesos en que pueden incurrir los medios de comunicación puede tener el efecto pernicioso de debilitar el sistema político; de manera que, teniendo en cuenta su función en una sociedad democrática, en el caso de los medios de comunicación, es vital que cualquier limitación a la libertad de expresión se interprete restrictivamente.⁵⁵⁸ Desde luego, para que puedan cumplir apropiadamente con esa función, la condición primordial es que los medios de comunicación puedan operar con absoluta independencia; en segundo lugar, se requiere un clima de libertad, que haga posible la existencia de múltiples medios de comunicación, permitiendo la difusión de una pluralidad de opiniones, ideas e informaciones.

No obstante, no puede olvidarse que la libertad de expresión es un derecho de todos, y que, como tal, abarca mucho más que la libertad de prensa y que el ejercicio del periodismo; de hecho, no por mero accidente, en la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos se menciona la libertad de expresión y la de prensa como dos elementos

⁵⁵⁶ *Cfr.* el párrafo 10 de la declaración adoptada el 3 de mayo de 1991, en el Seminario sobre la Promoción de una Prensa Pluralista e Independiente en África, celebrado con el patrocinio de la UNESCO en Windhoek, Namibia, del 29 de abril al 3 de mayo de 1991. Le referida Declaración recibió el respaldo de la Conferencia General de la UNESCO, en su vigésimo sexta sesión, celebrada en 1991.

⁵⁵⁷ *Cfr.* la resolución núm. 756 (XXIX), del 21 de abril de 1960.

⁵⁵⁸ *Cfr.*, en este sentido, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of The Observer and Guardian v. The United Kingdom*, sentencia del 26 de noviembre de 1991, párrafo 59, letras (a) y (b).

separados, aunque íntimamente relacionados. Como ha observado el Tribunal Constitucional español, la libertad general de expresión, por una parte, y la libertad de prensa, por otra, no son círculos exactamente concéntricos de diferentes proporciones, sino más bien círculos que se cruzan;⁵⁵⁹ en opinión de este tribunal, el sujeto activo de la libertad de expresión somos todos los ciudadanos, sin que se pueda ceder a la tentación de identificar el fin y los medios, o la función y sus servidores; pero existen algunos sujetos cualificados, como son en principio los periodistas, que prestan un servicio habitual y retribuido en los medios de comunicación. Sin embargo, de acuerdo con el criterio expuesto por este mismo tribunal, la protección constitucional de la libertad de expresión alcanza su máximo nivel cuando es ejercida por los profesionales de la información, a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa.⁵⁶⁰

Como parte de las garantías de la libertad de expresión, numerosos textos constitucionales confieren un tratamiento privilegiado a los medios de comunicación social. Entre ellos, el artículo 20 de la Constitución de Colombia se refiere al derecho de toda persona a fundar medios de comunicación masiva, agregando que éstos son libres y tienen responsabilidad social. En el mismo sentido, el artículo 19, núm. 12, de la Constitución chilena, dispone que la ley no podrá en ningún caso establecer un monopolio estatal sobre los medios de comunicación social, y que toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley. Asimismo, el artículo 2, núm. 4, de la Constitución del Perú, junto con señalar que “los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación”, indica que es delito toda acción que suspenda o clausure algún órgano de expresión, o que le impida circular libremente. Por su parte, el artículo 21 de la Constitución italiana señala que la prensa no puede estar sometida a autorizaciones o censura, y que sólo en virtud de un acto motivado de la autoridad judicial se puede proceder al secuestro de la prensa periódica, en caso de delitos para los cua-

⁵⁵⁹ 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).

⁵⁶⁰ 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).

les la ley de prensa lo autorice. En fin, el artículo 20 de la Constitución española dispone, en su párrafo 3, que la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público, y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España; además, el párrafo 5 de este mismo artículo establece que sólo en virtud de una resolución judicial se podrá acordar el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información.

Ya hemos señalado que, a juicio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la libertad de expresión es el fundamento esencial de una sociedad democrática, la cual es el resultado del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, y que, según el tribunal europeo, estos principios revisten una importancia particular para la prensa.⁵⁶¹ Para el citado tribunal, la prensa desempeña un papel esencial en una sociedad democrática; y si bien no puede traspasar ciertos límites, particularmente en relación con los derechos de otros y con la reputación de las personas, ella tiene el deber de impartir informaciones e ideas sobre todos los asuntos de interés público, de una manera compatible con sus obligaciones y responsabilidades.⁵⁶² En tal sentido, es importante observar que la Corte Europea, al sostener que la libertad de prensa involucra la posibilidad de un cierto grado de exageración, e incluso de provocación,⁵⁶³ y al señalar que en asuntos que involucren a la prensa el margen de apreciación de las autoridades nacionales debe estar circunscrito por el interés de una sociedad democrática en preservar una prensa libre,⁵⁶⁴ le ha atribuido a la libertad de prensa una dimensión mayor que la libertad de expresión de que disfruta un ciudadano común y corriente. Por consiguiente, el tribu-

⁵⁶¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, cuarta sección, *Affaire Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, sentencia del 28 de septiembre de 2000, párrafo 30 punto ii.

⁵⁶² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, De Haes and Gijssels v. Belgium, sentencia del 24 de febrero de 1997, párrafo 37. *Cfr.*, también, European Court of Human Rights, Former Third Section, *Case of Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, sentencia del 26 de febrero de 2002, párrafo 37.

⁵⁶³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Prager and Oberschlick v. Austria*, sentencia del 26 de abril de 1995, párrafo 38.

⁵⁶⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Second Section, *Case of Thoma v. Luxembourg*, sentencia del 29 de marzo de 2001, párrafo 48. *Cfr.*, también, Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire du Roy et Malaurie c. France*, sentencia del 3 de octubre de 2000, párrafo 27, punto iii.

nal europeo considera que se debe ser especialmente escrupuloso al examinar la compatibilidad con la Convención de medidas que restrinjan la libertad de la prensa, pues la información es un bien perecedero, y cualquier retardo en su publicación, aunque sólo sea por un breve lapso, implica el riesgo de privarla de todo valor y de todo interés.⁵⁶⁵ Según la Corte, ese riesgo también existe respecto de publicaciones que no tienen un carácter periódico, pero que se refieren a un tema de actualidad.⁵⁶⁶

1. *La naturaleza de los medios de comunicación social*

Al Estado incumbe inspeccionar la educación y evitar cualquier abuso. De aquí que deba tener siempre la prensa al alcance de su vista, porque el influjo de la prensa sobre la multitud es, sin disputa, el más fuerte, el más intenso, porque no es un influjo pasajero, sino reiterado y permanente... Sin contemplaciones, pues, y con decisión, el Poder Público ha de asegurarse este medio de educación popular y ponerlo al servicio de la Nación y del mismo Estado.

Adolf HITLER, *Mein Kampf*

La tentación de controlar los medios de comunicación de masas siempre ha estado presente, y muy especialmente en regímenes dictatoriales. En este sentido, la Ley de Prensa alemana, de 1933, así como la ley fascista de prensa, en Italia, configuraron la actividad periodística como un “oficio público”, creando el título de periodista, al que no podían acceder los judíos o quienes no pertenecieran al partido gobernante. En ambas leyes se dispuso la creación de un registro de periodistas, que permitía identificar, controlar y dirigir la labor de los profesionales de la prensa. Desde luego, ése no es el espíritu de las normas internacionales que actualmente regulan la libertad de expresión.

La Corte Interamericana ha sostenido que, en su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del de-

⁵⁶⁵ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire Association Ekin c. France*, sentencia del 17 de julio de 2001, párrafo 56.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, párrafos 56 y 57.

recho 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 opinión de ese alto tribunal, cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier... procedimiento”, está subrayando que 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.⁵⁶⁷ Además, en la medida en que los Estados partes en los instrumentos internacionales de derechos humanos se comprometen tanto a respetar como a “garantizar” los derechos que allí se consagran, la Corte Interamericana ha observado que la libertad de expresión se puede ver afectada sin la intervención directa de la acción estatal, y que tal supuesto podría configurarse, por ejemplo, cuando, por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se impide, en la práctica, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.⁵⁶⁸

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión, y que es indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información.⁵⁶⁹ A juicio de la Comisión, los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente, por lo que las presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ *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 31, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú), sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 147.

⁵⁶⁸ *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 56.

⁵⁶⁹ *Cfr.* la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108o. período de sesiones, celebrado en Washington, del 2 al 20 de octubre de 2000, décimo párrafo del preámbulo.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, párrafo 13 de la parte declarativa.

La función esencial que cumple la prensa en una sociedad democrática también ha sido destacada por la Corte Europea de Derechos Humanos. Según el tribunal europeo, aunque la prensa no debe traspasar ciertos límites, particularmente en relación con la reputación de las personas o con los derechos de otros y con la necesidad de evitar la divulgación de información confidencial, su deber es impartir —de una manera compatible con sus obligaciones y responsabilidades— informaciones e ideas sobre todos los asuntos de interés público; según la Corte, la libertad de prensa también cubre el posible recurso a un cierto grado de exageración, o incluso de provocación. De manera que el margen de apreciación ejercido por las autoridades nacionales al restringir este derecho debe estar circunscrito por el interés de una sociedad democrática en permitirle a la prensa ejercer su función vital de “guardián de los asuntos públicos”, impartiendo información de interés público.⁵⁷¹ A juicio del tribunal europeo, el reportaje noticioso basado en entrevistas constituye uno de los medios más importantes a través de los cuales la prensa puede desempeñar ese papel de “guardián de los asuntos públicos”; si bien los métodos para un reportaje objetivo y balanceado (que la Corte asume como una condición necesaria) pueden variar considerablemente dependiendo, entre otras cosas, del medio en cuestión, no le corresponde a los tribunales —ya sean nacionales o internacionales— decidir sobre la técnica de reportaje que debería adoptarse por los periodistas.⁵⁷² En este sentido, es oportuno reiterar que el tribunal europeo ha señalado que el artículo 10 de la Convención Europea —al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— protege no solamente la sustancia de las ideas e informaciones expresadas, sino también la forma en que ellas se comunican.⁵⁷³

En lo que concierne a los medios radioeléctricos (radio y televisión), que dependen de un espectro electromagnético limitado, que a diferencia de la prensa hace absolutamente imposible que cada persona posea una radioemisora o una estación de televisión, es posible someterlos a un control más rígido, que tome en cuenta el servicio público que ellos pres-

⁵⁷¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Bergens Tidende and others v. Norway*, sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 49.

⁵⁷² *Ibidem*, párrafo 57. *Cfr.*, también, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafo 31.

⁵⁷³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafo 31.

tan, y que en asuntos de importancia pública imponga a sus propietarios el deber de presentar, en forma equilibrada y razonable, los distintos puntos de vista que pueda haber en la comunidad. En tal sentido, el artículo 43 del texto único ordenado de la Ley de Telecomunicaciones del Perú establece que la radiodifusión —que incluye tanto emisiones sonoras como de televisión— es considerada “un servicio privado de interés público”. Pero si bien los medios radioeléctricos deben estar al servicio del público, sostener que la actividad de los mismos es un servicio público representa el serio peligro de que, con ese pretexto, el Estado pretenda reglamentar su actividad más allá de todo límite razonable y entrar a regular el contenido de los mensajes que se difunden a través de ese medio.

En todo caso, la Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido buen cuidado en subrayar que los mismos principios formulados respecto de los medios impresos, a fin de preservar su función de “guardián de los asuntos públicos”, son aplicables a los medios audiovisuales.⁵⁷⁴ Pero lo anterior no significa que, al considerar los deberes y responsabilidades de los periodistas, se pase por alto la importancia del impacto potencial del medio empleado para difundir un mensaje, pues los medios audiovisuales tienen un efecto más poderoso e inmediato que los medios impresos, ya que los primeros pueden transmitir, a través de la imagen, nociones, ideas, o sentimientos, que los medios impresos no están en capacidad de comunicar.⁵⁷⁵

2. *La función de los medios de comunicación social*

En todas las épocas, la prensa ha sido un instrumento de desorden y de sedición, y no está en su naturaleza ser otra cosa que eso.

Jules de POLIGNAC, en carta al rey Carlos X, antes de la revolución de julio de 1830.

La libertad de expresión es un derecho de todos, y su ejercicio está estrechamente relacionado con el acceso a los medios de comunicación.

⁵⁷⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafo 31.

⁵⁷⁵ *Idem.*

Con mucha frecuencia, lo que hace la prensa es proporcionar un canal de comunicación para que distintos sectores sociales expresen públicamente sus aspiraciones, sus temores y sus esperanzas. No se puede ignorar que, en el mundo de hoy, es precisamente a través de los medios de comunicación social que recibimos la mayor parte de la información de importancia política. En opinión de Modesto Saavedra, por heterogéneas que sean las funciones que desarrollan, y por variados que sean los fines para los que están pensados, el elemento que define a los medios de comunicación de masas indica que, aunque no siempre se ocupen directamente de cuestiones políticas, afectan al funcionamiento del Estado y orientan los cambios —o favorecen la estabilidad— de la sociedad; en este sentido, ellos tienen una inevitable función legitimadora, y contribuyen a formar la opinión pública en torno a la aceptación o a la crítica de las estructuras y prácticas políticas de las que forzosamente se erigen en portavoces.⁵⁷⁶ Hasta cierto punto, siendo los medios de comunicación social quienes, a través de su actividad, contribuyen a formar la opinión pública, ellos han adquirido una función de legitimación política, a la que cualquier gobierno en una sociedad democrática no se puede sustraer; en efecto, la posibilidad que tienen los medios de comunicación de aceptar o de disentir de las posiciones oficiales, de aprobarlas o de criticarlas, de apoyar al gobierno de turno o de erigirse en su órgano contralor por excelencia, así como su capacidad para orientar la política gubernamental y para denunciar los hechos irregulares que ocurran dentro de la administración, les confiere un importante papel en la legitimación de las instituciones políticas; pero esta circunstancia depende, a la vez, del grado de legitimidad con que los propios medios de comunicación abordan su función.⁵⁷⁷ A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Constitución de ese país asigna a la prensa un importante papel en la discusión de los asuntos públicos, pues ella fue diseñada para servir como un poderoso antídoto en contra de los abusos del poder por parte de los agentes del Estado, y como un medio constitucional para hacer responsables ante el pueblo a quienes han sido elegidos por éste para servirles desde posiciones de gobierno;⁵⁷⁸ de manera que silenciar a la prensa cuando ésta puede ser más efectiva, suprimiendo el derecho que ella

⁵⁷⁶ Cfr. Saavedra López, Modesto, *La libertad de expresión en el Estado de derecho: entre la utopía y la realidad*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 10.

⁵⁷⁷ *Idem*.

⁵⁷⁸ Cfr. *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966).

tiene de alabar o criticar a los funcionarios del gobierno, o de abogar ya sea a favor o en contra del cambio, interfiere con uno de los mecanismos diseñados para mejorar la sociedad y para mantenerla libre.⁵⁷⁹

Sin pretender que ésta sea la única forma practicable de ejercer el derecho que comentamos, es conveniente subrayar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que, 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”.⁵⁸⁰ De manera que como la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles, las restricciones a los medios de difusión también lo son a la libertad de expresión.⁵⁸¹ Según la Corte,

son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera que sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.⁵⁸²

En realidad, la Corte Interamericana ha llegado al extremo de afirmar que el periodismo es la “manifestación primaria y principal” de la libertad de expresión, la cual no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público.⁵⁸³ La Corte no admite que haya oposición entre la libertad de expresión y el ejercicio del periodismo como actividad remunerada, lo cual, si se llevara a sus últimas consecuencias, encerraría serios peligros; en opinión de la Corte,

el ejercicio del periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión... ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y

⁵⁷⁹ *Idem*.

⁵⁸⁰ 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 32.

⁵⁸¹ *Ibidem*, párrafo 36.

⁵⁸² *Ibidem*, párrafo 34.

⁵⁸³ *Ibidem*, párrafo 71.

remunerado. Además, la consideración de ambas cuestiones como actividades distintas, podría conducir a la conclusión que las garantías contenidas en el artículo 13 de la Convención no se aplican a los periodistas profesionales.⁵⁸⁴

En su jurisprudencia más reciente, la Corte ha sostenido que, en una sociedad democrática, los medios de comunicación son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones,⁵⁸⁵ por consiguiente, es fundamental que los periodistas que laboran en dichos medios gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad.⁵⁸⁶

De manera semejante, la Corte Europea de Derechos Humanos también ha subrayado la importancia de los medios de comunicación en lo que concierne a la libertad de expresión; según el mencionado tribunal, a la prensa le corresponde la tarea de impartir informaciones e ideas sobre asuntos de interés público, incluso aquellos que dividen; pero el público también tiene el derecho de recibir dichas informaciones e ideas. De no ser así, la prensa no podría cumplir el papel primordial que le corresponde como guardián de los asuntos públicos.⁵⁸⁷ Incluso, al evaluar la necesidad de una condena penal de un periodista y del director de un programa informativo por difundir un reportaje que contenía mensajes de odio racial, el tribunal europeo señaló que debía tener en cuenta esa jurisprudencia en relación con la función de los medios de comunicación, y que el reportaje noticioso —editado o no— constituía uno de los más importantes medios a través de los cuales podía desarrollar esa función vital de guardián de los asuntos públicos; por consiguiente, el castigo de un periodista por asistir en la diseminación de expresiones proferidas en una entrevista por otra persona obstaculizaría seriamente la contribución de

⁵⁸⁴ *Ibidem*, párrafo 74.

⁵⁸⁵ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú), sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 149.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, párrafo 150.

⁵⁸⁷ *Cfr.* su sentencia en el caso *The observer and Guardian v. The United Kingdom*, del 26 de noviembre de 1991, párrafo 59. *Cfr.*, también, Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, *Case of Özgür Gündem v. Turkey*, sentencia del 16 de marzo de 2000, párrafo 58.

la prensa a la discusión de los asuntos públicos, y no debería contemplarse, a menos que hubiera razones especialmente sólidas para hacerlo.⁵⁸⁸ En el caso *Castells v. Spain*, la Corte destacó la importancia pre-eminente de la prensa en un Estado de derecho, recordando que es a ella precisamente a quien le corresponde impartir informaciones e ideas sobre asuntos políticos u otros asuntos de interés público, y que es ésta la que le proporciona al público el mejor medio de descubrir las actitudes de sus dirigentes políticos y de formarse una opinión acerca de las mismas, permitiendo a todos participar en un debate político libre, que es lo que está en el corazón de una sociedad democrática.⁵⁸⁹ Sin embargo, es importante destacar que en el caso *Lingens* la Corte Europea de Derechos Humanos ha rechazado expresamente reducir el papel de la prensa únicamente a impartir información, y ha subrayado que el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos también incluye el derecho a emitir opiniones e ideas, aspecto que no puede verse menoscabado respecto de los medios de comunicación.⁵⁹⁰ Según el tribunal europeo, el Estado no puede restringir el derecho del público a estar informado, con el sencillo recurso de invocar la protección de la integridad territorial, la seguridad nacional, o la prevención del delito o del desorden, exponiendo a los medios de comunicación a las sanciones del derecho penal, y traspasando a éstos el peso de la prueba.⁵⁹¹

Por otra parte, tampoco se puede ignorar que en una sociedad democrática, los medios de comunicación social constituyen el principal instrumento de control de la actividad gubernamental; la prensa y los medios radioeléctricos son mucho más que simples medios de información y difusión del pensamiento; sobre todo, ellos son un medio idóneo para el debate público, para la crítica política y para supervisar lo que se está haciendo en ejercicio del poder. Pero la libertad de expresión no se puede confundir con la libertad de prensa; mientras la primera es una libertad del espíritu, esta última es una libertad eminentemente empresarial

⁵⁸⁸ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark*, sentencia del 22 de agosto de 1994, párrafos 31 y 35.

⁵⁸⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Castells v. Spain*, sentencia del 23 de abril de 1992, párrafo 43.

⁵⁹⁰ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Lingens*, sentencia del 8 de julio de 1986, párrafo 41.

⁵⁹¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 63.

que, en principio, contribuye a la materialización de la libertad de expresión. Para el juez Stewart, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el hecho de que la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos hable separadamente de libertad de expresión y libertad de prensa es un reconocimiento del papel crucial que le corresponde a la prensa en la sociedad, por lo que hay que ser particularmente sensible a ese papel y a las necesidades de la prensa para cumplirlo con eficacia.⁵⁹²

La Corte Suprema de los Estados Unidos también ha subrayado el papel que le corresponde a los medios de comunicación en el ejercicio de la libertad de expresión. Según el citado tribunal, la Constitución de los Estados Unidos ha seleccionado específicamente a la prensa para desempeñar un importante papel en la discusión de los asuntos públicos; en este esquema, la prensa habría sido diseñada para servir como poderoso antídoto en contra de los abusos del poder por parte de los agentes del Estado, y como un medio constitucional para hacer responsables ante el pueblo a los funcionarios electos por éste. La supresión del derecho de la prensa a elogiar o criticar a los agentes del Estado, y clamar a favor o en contra del cambio, amordaza uno de los instrumentos deliberadamente elegidos por los redactores de la Constitución para mejorar la sociedad y para mantenerla libre.⁵⁹³

⁵⁹² *Cfr.* su opinión concurrente en *Houchins v. KQED*, 438 U.S. 1 (1978).

⁵⁹³ *Cfr.* *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966).