

Conclusión	741
I. La función de la libertad de expresión en una sociedad democrática	741
II. La expansión de los límites de la libertad de expresión	743
III. El derecho a la información: un componente vital de la libertad de expresión	745
IV. El debate inacabado en cuanto a los límites de la libertad de expresión	747
V. La ponderación de la libertad de expresión con otros intereses	750
VI. El control del ejercicio de la libertad de expresión	751
VII. La libertad de expresión como libertad positiva	753
VIII. Colofón	754

CONCLUSIÓN

Las leyes solas no pueden asegurar la libertad de expresión. Para que cada persona pueda exponer sus puntos de vista sin el temor a una sanción, debe haber un espíritu de tolerancia en toda la población.

Albert EINSTEIN, *My Later Years*, 1950

En los capítulos anteriores se refleja que la libertad de expresión se encuentra firmemente establecida como parte de nuestro sistema de valores, como componente de nuestro sistema normativo, y como un elemento inherente al concepto mismo de democracia. Además, sin perjuicio de las diferencias que con frecuencia se puedan apreciar en las distintas legislaciones nacionales, los instrumentos internacionales que han sido objeto de nuestro análisis reflejan que por lo menos en el terreno normativo existe un amplio grado de consenso en cuanto a qué es lo que exactamente significa la libertad de expresión.

I. LA FUNCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Desde hace mucho tiempo, y desde distintos sectores, se ha intentado formular una teoría de la libertad de expresión que ofrezca una visión coherente y articulada de la misma; por supuesto, nos complacería que este trabajo constituyera un aporte precisamente en esa dirección. Pero realizar una indagación de este tipo no es un ejercicio puramente intelectual, carente de importancia práctica; en realidad, de lo que se trata es de hacer explícitos los criterios que permiten resolver los frecuentes conflictos que debemos enfrentar en la sociedad contemporánea, y que, a partir de una escala de valores que no siempre es el fruto del consenso, constantemente nos obligan a elegir entre distintos bienes jurídicos.

Independientemente de la mayor o menor fuerza persuasiva de las distintas teorías que le sirven de fundamento, en su conjunto, ellas reflejan las múltiples funciones que puede cumplir la libertad de expresión; pero lo que es evidente es que ésta es una garantía del individuo frente al Estado, y que no es este último el que debe protegerse de los individuos. En todo caso, tanto en los instrumentos internacionales como en el grueso de la jurisprudencia se percibe que, en realidad, su fundamento último radica en el simple hecho de haber sido consagrada como un derecho, en función del respeto de la dignidad individual. Todo lo demás es un valor agregado, que viene a reforzar la trascendencia de la libertad de expresión.

Sin embargo, la trascendencia y el peso que se ha atribuido a la libertad de expresión en una sociedad democrática es un elemento que sobresale tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y que no se puede perder de vista. Mientras el Tribunal Constitucional español ha atribuido a la prensa —entendida en su más amplia acepción— una “función constitucional”, por formar parte del sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia, según dijeron en 1812 las Cortes de Cádiz, para prevenir la arbitrariedad de quienes nos gobiernan,¹⁹⁶⁰ la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”.¹⁹⁶¹ Según este mismo tribunal, “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes pueden influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre”.¹⁹⁶²

¹⁹⁶⁰ 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).

¹⁹⁶¹ 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 69.

¹⁹⁶² *Ibidem*, párrafo 70.

Mientras Alexis de Tocqueville subrayaba que la soberanía del pueblo y la libertad de prensa son dos cosas enteramente complementarias,¹⁹⁶³ Alexander Meiklejohn sostenía que la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos no protege la libertad de expresión, sino que ampara la libertad de aquellas actividades del pensamiento y de la comunicación mediante las cuales nos gobernamos; por lo tanto, ella no se refiere a un derecho privado, sino a un poder público; a una responsabilidad de gobierno.¹⁹⁶⁴

Sin duda, la libertad de expresión —con la colaboración de los medios de comunicación— permite contar con una opinión pública informada y mejor preparada para la toma de decisiones. Es sólo mediante la libertad de expresión como el ciudadano puede emitir juicios críticos sobre el gobierno, pronunciarse sobre las políticas públicas, disentir del criterio oficial, luchar por el cambio, y participar libremente en la elección y remoción de sus autoridades. Por consiguiente, no es extraño que la prensa constituya uno de los principales instrumentos de control político, cuya eficacia ha permitido que ella sirva de freno a los excesos del poder.

II. LA EXPANSIÓN DE LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Aunque inicialmente el debate en torno a la libertad de expresión se centró fundamentalmente en mensajes de contenido político, paulatinamente se ha ido expandiendo, para proteger expresiones de cualquier contenido. Sin embargo, en algunos países, esa expansión todavía genera dudas y controversias en cuanto a los mensajes de contenido comercial y a la pornografía. Además, las expresiones de contenido político continúan disfrutando de mayor protección que otro tipo de mensajes. Lo que aún es objeto de discusión es el derecho de acceso a los medios de comunicación, o incluso el derecho de acceso a un foro público, como consecuencia de que la libertad de expresión continúa siendo vista como una libertad negativa, que supone la ausencia de interferencias por parte del Estado, pero no como una libertad positiva, que requiere que el Estado

¹⁹⁶³ Cfr. *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 199.

¹⁹⁶⁴ Cfr. “The First Amendment is an Absolute”, *The Supreme Court Review*, 1961, pp. 253 y 255.

adopte todas las medidas indispensables a fin de facilitar el ejercicio del derecho que comentamos.

Por razones no puramente normativas, sino también como resultado del desarrollo científico y tecnológico, esta expansión de los límites de la libertad de expresión se ha extendido, igualmente, a los medios de expresión. Pero esta noción muy amplia de lo que es expresión, en función de todo aquello que tiene la capacidad de comunicar informaciones, ideas u opiniones, plantea problemas que, sin ser insolubles, no resultan sencillos de abordar. Por ejemplo, ¿qué es lo que distingue a la expresión de la conducta?; ¿qué es lo que hace que la conducta pueda constituir una forma de expresión? o ¿qué es lo que permite considerar una donación para una campaña electoral como expresión?

Para la Corte Europea de Derechos Humanos, esta libertad es aplicable no solamente a las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas, o que son consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, desagradan o molestan al Estado o a un sector de la población; en su opinión, tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y la amplitud mental, sin las cuales no puede haber una sociedad democrática.¹⁹⁶⁵

En sintonía con lo antes expuesto, Danilo Türk y Louis Joinet han observado que el derecho a la libertad de opinión y de expresión es un factor determinante del cambio social y que, debido a ello, siempre seguirá estando en el centro de los debates y de las luchas políticas; a juicio de los autores previamente citados, los cambios ocurridos a fines de la década de los años ochenta y comienzos de la década de los años noventa en Europa central y oriental así lo confirmarían, del mismo modo que indicarían que las transformaciones que se impondrán en el futuro sólo tendrán lugar si se garantiza y se protege debidamente la libertad de expresión.¹⁹⁶⁶ Como ha expresado Amartya Sen, la expansión de la libertad es el principal objetivo y el principal medio para el desarrollo; porque, en su opinión, el desarrollo consiste en la remoción de los obstáculos de la libertad, que dejan a la gente con pocas opciones y pocas oportunidades

¹⁹⁶⁵ *Cfr.*, por ejemplo, European Court of Human Rights, Case of Müller and others, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 33.

¹⁹⁶⁶ *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 4.

para ejercerla;¹⁹⁶⁷ en su opinión, las libertades políticas —entre las cuales la libertad de expresión ocupa un lugar destacado— son un instrumento para el desarrollo.¹⁹⁶⁸ Las libertades políticas contribuyen a salvaguardar las libertades económicas.¹⁹⁶⁹

La circunstancia de que la libertad de expresión sea suficientemente amplia, como para que pueda abarcar casi todo, puede ser muy conveniente en términos de la expansión de la libertad; pero requiere un esfuerzo adicional para regular problemas de naturaleza muy variada. Por ejemplo, la libertad de información, en cuanto es uno de los aspectos vitales de la libertad de expresión, plantea tal cúmulo de problemas y de dificultades que ha generado una legislación especializada, y que ha dado origen a una abundante bibliografía dedicada a explorarlo en forma separada.

Por otra parte, mientras la regulación de algunos aspectos de la libertad de expresión todavía están en manos del Estado, otros, como las comunicaciones por satélite, el uso de Internet, etcétera, por su misma naturaleza, escapan al control estatal y requieren de una regulación internacional. Además, en términos prácticos, en buena medida, la propiedad de los medios de comunicación de masas deja en manos del mercado la determinación de qué mensajes se difunden y cuáles no, así como la determinación de quiénes tienen acceso a esos medios.

III. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN: UN COMPONENTE VITAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Un aspecto menos explorado de la libertad de expresión —aunque no por eso menos importante— es el relativo al derecho a la información. Este derecho no es un subproducto de la libertad de expresión, sino uno de sus elementos fundamentales que, debido al desarrollo científico y tecnológico, y a las transformaciones experimentadas por la sociedad, ha crecido y ha adquirido una importancia tan destacada, que con frecuencia se le presenta como si fuera un derecho autónomo y distinto de la libertad de expresión de que forma parte.

¹⁹⁶⁷ Cfr. Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. XII.

¹⁹⁶⁸ *Ibidem*, p. 38.

¹⁹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 51 y ss.

Se trata de un derecho que concierne no sólo al sujeto activo del mismo, que transmite información o que la busca, sino también al sujeto pasivo, que es el que la recibe. Porque si bien el debate público debe ser amplio, robusto y desinhibido, también debe estar basado en la información necesaria para que sea un debate inteligente y tenga sentido. La importancia política de esta dimensión de la libertad de expresión ha sido subrayada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando que es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre.¹⁹⁷⁰ Además, el párrafo 3 del artículo 13 de la Convención Americana aporta importantes elementos que permiten regular el derecho a la información, al señalar que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radio-eléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. Entre esos “otros medios” que pueden tener este mismo efecto puede citarse el uso frecuente que se hace de la publicación selectiva —o coactiva— de avisos oficiales, discriminando en contra de aquellos medios críticos de la labor del gobierno. Esta disposición —que no encuentra parangón en otros instrumentos internacionales— está destinada a proteger una actividad económica más que la libertad de expresión de quienes poseen medios de comunicación. Protege una actividad empresarial, orientada a obtener un beneficio económico, más que a transmitir ideas u opiniones; su propósito primordial es el lucro y no la discusión pública. Sin embargo, no obstante la finalidad lucrativa que persiguen, los medios de comunicación de masas brindan un servicio invaluable en cuanto medios de difusión de informaciones e ideas; en tal sentido, ellos deben ser preservados en interés del usuario más que del propietario.

El desafío inmediato consiste en no solamente la garantía del Estado en cuanto a la independencia o ausencia de “control” estatal de los medios de comunicación, sino, sobre todo, mayores posibilidades en cuanto al acceso a los mismos por parte de los comunicadores y quienes recurren a ellos para informarse, entendiendo que tales medios brindan un “servicio público” y deben ser regulados como tales. El artículo 13, núm.

¹⁹⁷⁰ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 70.

3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no tiene, como contrapartida, una norma que asegure la independencia de los comunicadores frente al propietario del medio —en cuanto al contenido de la información que deseen transmitir—, o una garantía de acceso al foro por parte del público usuario que desee expresar algún punto de vista divergente; en realidad, tampoco se protege al propietario del medio, asegurando su independencia frente a los anunciantes, para decidir el contenido y la orientación de la información.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que

la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos, sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios; exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla.¹⁹⁷¹

En consecuencia, si bien la restricción de la libertad de expresión puede, en última instancia, ser el blanco perseguido por el Estado, ella también puede verse seriamente afectada como resultado del control que el dueño del medio tiene tanto sobre los comunicadores que trabajan a su servicio como sobre el público, o por el control que los anunciantes pueden ejercer sobre el propietario del medio. Por ello es que —en el mundo de hoy— tal vez una de las amenazas más serias a la libertad de expresión deriva, precisamente, de la concentración de los medios de comunicación, ya sea en manos del Estado o en manos de quienes tienen el poder económico en una sociedad.

IV. EL DEBATE INACABADO EN CUANTO A LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Sin duda, la libertad de expresión está situada en el centro de una amplia gama de derechos, que se articulan y adquieren sentido precisamente a partir de la libertad de expresión. Pero el carácter de esta libertad, co-

¹⁹⁷¹ 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 34.

mo libertad esencialmente política, que como tal impone una barrera a la actividad de los órganos del poder público, y cuya conquista significó privar a los gobiernos de la facultad de restringir la opinión de quienes lo critiquen o se le opongan, todavía hace resonar la pregunta de por qué se protegen expresiones que no tienen trascendencia pública, como es el caso de la expresión comercial,¹⁹⁷² de la pornografía, o de mensajes que constituyen una incitación al odio racial o religioso.

En los capítulos anteriores hemos querido destacar que la libertad de expresión protege todo tipo de expresión, independientemente de su contenido; tanto la expresión política como la religiosa o la académica; la expresión literaria y la expresión comercial; la expresión artística y, por lo menos, algunas formas de pornografía. Cualquier asunto es digno de discusión y, en principio, nada escapa al manto protector de la libertad de expresión. Es evidente que, de ser de otra manera, este derecho perdería todo sentido, pues cualquiera restricción en una esfera —además de repercutir en las otras— se traduciría en la negación misma del derecho que se pretende garantizar.

Sin embargo, a pesar de su importancia fundamental, sería absurdo no trazar los contornos precisos de la libertad de expresión y someter su ejercicio a condiciones que hagan posible la preservación de otros derechos e intereses igualmente valiosos, que sirven al interés general. Naturalmente, siempre puede haber dudas en cuanto a la rectitud de propósitos de la autoridad que interpreta lo que es el interés general; pero no debiera haberlas en cuanto a la existencia de razones superiores que, eventualmente, se sitúen en el camino de la libertad de expresión.

Si bien la libertad de expresión no es absoluta, y tiene que ser ponderada con el ejercicio de otros derechos, y con la satisfacción de otros intereses públicos, ella ocupa un lugar destacado en el ordenamiento jurídico de cualquier Estado que haya ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea de Derechos Humanos, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esa circunstancia, que le confiere una jerarquía preeminente, obliga a que cualquier limitación o restricción sea vista con mucha cautela y a que se interpreten restrictivamente, de manera que interfieran lo menos posible con la liber-

¹⁹⁷² Cfr., por ejemplo, Sánchez González, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 65.

tad de expresión; así se desprende de la abundante jurisprudencia emanada de los tribunales nacionales e internacionales, parte de la cual ha sido recogida en los capítulos precedentes, y así se refleja, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos recaída en el caso *New York Times Co. v. Sullivan* en que, para no interferir con el discurso político, acepta incluso mensajes descuidados y negligentes, que pueden tener un efecto negativo en la reputación de las personas, solamente a condición de que no se hayan emitido con mala intención. Además, tales restricciones no pueden emplearse sino para los fines legítimos, expresamente previstos por las disposiciones pertinentes del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de las convenciones regionales sobre la materia.

Pero, al definir los límites de la libertad de expresión, probablemente el aspecto más notable y más complejo que tiene que abordarse es el que se refiere a los medios de expresión. Algunos de ellos 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 *prensa*.¹⁹⁷³ 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 no permite acceder a una audiencia vasta y amplia. Por su naturaleza, esta circunstancia también puede requerir la intervención del Estado. Según el Comité de Derechos Humanos, hasta ahora se ha prestado poca atención al hecho de que, dado el desarrollo de los modernos medios de información pública, se requieren medidas específicas para impedir un control de dichos medios que lesione el derecho de toda persona a la libertad de expresión.¹⁹⁷⁴

¹⁹⁷³ *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 “impresión”.

¹⁹⁷⁴ *Cfr. Observaciones generales formuladas con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto*, Observación general 10, párrafo 2, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Suplemento núm. 40 (A/38/40), Nueva York, Naciones Unidas, 1983, p. 111.

V. LA PONDERACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN CON OTROS INTERESES

No obstante todo lo dicho precedentemente, la libertad de expresión tampoco puede ser vista como un fetiche, o como una libertad sagrada que deba prevalecer a toda costa, sin ningún esfuerzo por hacer explícitas las razones por las cuales debe imponerse; en realidad, precisamente por su importancia en una sociedad democrática, cualquier conflicto de la libertad de expresión con otros intereses debe ser debidamente ponderado, sin descartar a priori la relevancia de estos últimos. Pero la ponderación a que estamos haciendo referencia supone un equilibrio muy delicado entre la libertad de expresión y otros derechos o intereses sociales, y no debe entenderse en el sentido que se le ha atribuido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, como el estudio particularizado de cada caso que se presente, con soluciones que tradicionalmente parecen inclinarse a favor de las restricciones a la libertad de expresión; más bien, esa ponderación supone el establecimiento de pautas y criterios que, con independencia de todo caso concreto, permitan resolver los posibles conflictos que surjan entre la libertad de expresión y otros derechos o intereses dignos de protección, sin afectar la esencia de la primera. De hecho, ninguna restricción puede aplicarse de manera que anule o impida el ejercicio de la libertad de expresión; en efecto, el artículo 29, letra a), de la Convención Americana, dispone que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse en el sentido de permitir que se suprima el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

Pero lo anterior no implica renunciar, como cuestión de principio, a que la libertad de expresión deba ser la regla, y que cualquier restricción sólo se justifique excepcionalmente, poniendo el peso de la prueba en quien alega dicha restricción y no en quien aspira a expresarse en la forma más amplia posible; por lo tanto, deben adoptarse todas las medidas indispensables, a fin de proteger la esencia del derecho que comentamos y asegurar su carácter fundamental. Lo anterior supone que el núcleo de la libertad de expresión, cualquiera que éste sea, no puede ser objeto de medidas restrictivas.

Sin embargo, en la medida en que los derechos humanos no se pueden restringir con ligereza, ese equilibrio armónico que debe existir entre la libertad de expresión y otros intereses, y que el Estado tiene el deber de

preservar, también está sometido a requerimientos muy precisos. En particular, esas restricciones están permitidas sólo si ellas son necesarias para preservar un interés legítimo, y si son proporcionadas al daño que se pretende evitar.

Toda restricción de la libertad de expresión debe ajustarse estrictamente a lo que sea necesario para alcanzar el propósito legítimo que se persigue. Este requisito resulta especialmente aplicable a las sanciones posteriores que se puedan disponer como resultado del ejercicio abusivo de la libertad de expresión, las cuales también deben ser proporcionadas al fin legítimo que les sirve de fundamento. Cualquier restricción a la libertad de expresión debe relacionarse con alguno de los objetivos de la ley pertinente, y debe ser “estrictamente proporcionada” a ese objetivo. Esa proporcionalidad debe medirse en una doble dimensión: por una parte, las medidas adoptadas para restringir la libertad de expresión deben ser proporcionadas al bien jurídico que se pretende proteger; por la otra, este criterio supone un adecuado equilibrio entre la legitimidad de la expresión y la legitimidad de las restricciones a que se le quiere someter, lo cual implica un juicio de valor sobre el contenido del mensaje.

VI. EL CONTROL DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La existencia de limitaciones y restricciones a la libertad de expresión implica que el Estado puede, legítimamente, ejercer un cierto grado de control sobre el contenido de ésta, al igual que sobre la forma como ella se ejerce. Sin embargo, en el cumplimiento de esta misión no todos los recursos empleados por el Estado están permitidos, y no cualquier propósito que se persiga con esas restricciones es legítimo. Además, no todos los instrumentos de control a los que puede recurrir el Estado tienen el mismo efecto sobre el ejercicio de la libertad de expresión. Algunos afectan el contenido de la expresión, impidiendo la divulgación de determinadas ideas u opiniones y el acceso a ellas; otros, simplemente, regulan el lugar, la oportunidad, o el modo de transmitir el mensaje, sin afectar su contenido. Algunos de estos medios de control de la libertad de expresión, en función de los propósitos que persiguen, y de su necesidad y proporcionalidad para el logro de tales objetivos, están permitidos por los instrumentos internacionales que comentamos; otros, en cambio, están absolutamente excluidos.

El verdadero peligro que se cierne sobre la libertad de expresión está en aquellos mecanismos muy sutiles y sofisticados, que derivan, por ejemplo, de la existencia de un inmenso aparato publicitario a disposición del Estado, o de las posibilidades que ofrece el sistema de educación pública, o la clasificación de información, que confiere un aire de legitimidad a la censura oficial, por señalar sólo algunos, que escapan a toda regulación, y que son ampliamente utilizados por los gobiernos menos escrupulosos; además, una persona que —debido a sus ideas políticas y no por otras razones— se sabe sometida a vigilancia, ya sea por medio de interceptaciones telefónicas, micrófonos ocultos, o en otra forma, se sentirá menos dispuesta a expresarse con la misma sinceridad y candidez que si no lo estuviera. Aunque sea un método menos violento, pero no por eso menos efectivo, Noam Chomsky ha denunciado la existencia de un inmenso aparato publicitario, que gasta alrededor de mil millones de dólares al año, cuyo objetivo consiste en controlar el pensamiento del público, fabricando un consenso artificial en torno al tipo de sociedad que queremos, y evitando el debate y la disidencia.¹⁹⁷⁵

Por otra parte, aunque es evidente que la libertad de expresión también ampara las expresiones del Estado, y que éste tiene derecho a informar a la ciudadanía, no es infrecuente que los gobiernos utilicen los inmensos recursos del Estado, poniéndolos al servicio de sus propios intereses, en campañas de “información” francamente impresionantes. No parece aventurado afirmar que los medios de comunicación en manos del Estado (cualquier Estado), hasta ahora, más que una garantía para el ejercicio de la libertad de expresión han constituido una formidable amenaza burocrática que sirve para controlar la opinión pública, o para “domesticarla”, como sugiere Benjamín Ginsberg, mediante la manipulación de la información y la tergiversación de la verdad.¹⁹⁷⁶ El mismo Ginsberg ofrece un ejemplo interesante de este tipo de manipulación, refiriéndose a la utilización de las encuestas, con frecuencia ordenadas por los mismos gobiernos, en donde la cuestión más importante es siempre la popularidad del gobierno; en este sentido, Ginsberg se pregunta, y no sin razón, si los ciudadanos no tienen ningún otro interés o preocupación que no sea precisamente la popularidad del gobierno.¹⁹⁷⁷ A través de este

¹⁹⁷⁵ Cfr. *Actos de agresión*, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 16 y ss.

¹⁹⁷⁶ *The Captive Public: How Mass Opinion Promotes State Power*, Nueva York, Basic Books Publishers, 1986, pp. 32 y ss.

¹⁹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 82 y ss.

sencillo recurso, la opinión pública ante la que se inclinan los gobiernos es, en muchos casos, un fenómeno artificial, creado y sostenido por ellos mismos.¹⁹⁷⁸

VII. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO LIBERTAD POSITIVA

Desde otro punto de vista, tampoco se puede descartar que cuando el poder acumulado en manos de particulares ahogue la libre expresión de las opiniones, el Estado deba intervenir precisamente para hacer posible el debate público, ya sea asignando recursos a aquellos cuyas voces de otra forma no serían oídas, o incluso silenciando temporalmente a algunos, para permitir que se oigan las voces de todos;¹⁹⁷⁹ pero, más que una restricción de la libertad de expresión, estas medidas constituirían un instrumento para facilitarla. La concepción tradicional de la libertad de expresión, a la cual le bastaba que el Estado se abstuviera de coartarla, hoy resulta obsoleta e inapropiada; porque si la libertad de expresión es considerada como una garantía de que a nadie se le impedirá expresar su punto de vista, particularmente en asuntos de interés público, será indispensable contar con la intervención del Estado a fin de hacer posible el ejercicio de este derecho. En este sentido, no hay que olvidar que el compromiso asumido por los Estados en el marco del derecho de los derechos humanos, además de respetar, incluye *garantizar* el ejercicio de los mismos. Esa obligación de garantía supone no solamente proteger al orador que enfrenta a una audiencia hostil, y refleja claramente que la libertad de expresión también tiene una dimensión positiva, que obliga al Estado a proteger al individuo de la acción de terceros que lo pueda silenciar.

Por otra parte, la intervención del Estado también puede ser el resultado de las exigencias derivadas del derecho a un trato igualitario, el cual lleva implícita la prohibición de la discriminación. La prohibición de los mensajes de odio, o la regulación de los gastos electorales, pueden situarse precisamente en esta categoría; asimismo, algunos autores han sugerido la naturaleza supuestamente discriminatoria de la pornografía, en

¹⁹⁷⁸ *Ibidem*, p. 32.

¹⁹⁷⁹ *Cfr.* Fiss, Owen M., *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Massachusetts-Londres, Harvard University Press, 1996, p. 4.

cuanto reduce a las mujeres a simples objetos sexuales que conduce al desprecio de su dignidad intrínseca, como base para prohibirla.¹⁹⁸⁰

De manera que otro elemento digno de destacar es el que se refiere al papel del Estado en el ejercicio de la libertad de expresión. Si bien su rol fundamental es el de no interferir con el ejercicio de la libertad de expresión, también le concierne un papel no menos importante en cuanto garante de la misma, que debe eliminar las distorsiones que se puedan producir en el seno de la sociedad, a fin de asegurar que todos puedan ser oídos. Pero, por otro lado, los órganos del Estado no son meros observadores en el ejercicio de este derecho, e intervienen activamente en el intercambio de información, unas veces proporcionándola y otras recibiendo; sin embargo, en opinión de Emerson, la voz del gobierno no es simplemente una voz más dentro del sistema, sino que es una característica dominante del mismo.¹⁹⁸¹ Asimismo, John Rawls ha sostenido que cuando la amenaza a la libertad política es real, es permisible imponer restricciones a aquellos que la limitan, incluso si otras formas de limitación de su actividad política no lo son.¹⁹⁸² Esto hace que el Estado tenga el deber no solamente de crear las agencias reguladoras indispensables para canalizar la expresión a través de ciertos medios, particularmente los radioeléctricos, sino que también le impone el deber de autorregularse en el uso de los medios de expresión que están a disposición del Estado. Además, los órganos del Estado suelen ser responsables de la creación de numerosos canales de información, y de otros que sirven para el intercambio de ideas y opiniones.

VIII. COLOFÓN

Con estas reflexiones, tenemos la firme esperanza de haber contribuido al estudio de la libertad de expresión, como valor esencial que no ha perdido vigencia, pero que hay que luchar por preservar día tras día, como pilar básico de toda sociedad abierta y tolerante. Porque su importan-

¹⁹⁸⁰ Cfr., por ejemplo, Dworkin, Andrea y MacKinnon, Catharine A., *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality*, Minneapolis, Organizing Against Pornography, 1988. También, MacKinnon, Catharine A. y Posner, Richard, *Derecho y pornografía* (con introducción de María Mercedes Gómez), Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1997.

¹⁹⁸¹ Cfr. Emerson, Thomas I., *The System of Freedom of Expression*, Nueva York, Random House, 1970, pp. 697 y ss.

¹⁹⁸² Cfr. *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, pp. 216-221.

cia no deriva solamente del hecho de ser un derecho humano fundamental, sino de la circunstancia de que es un derecho fundamental porque es inherente a toda sociedad democrática, y porque las transformaciones experimentadas por el desarrollo científico y tecnológico le han conferido una dimensión antes no imaginada, que nos obliga a reexaminar algunos problemas que se pensaba ya estaban resueltos.

La libertad de expresión ocupa un lugar central en todo el sistema de los derechos humanos, no sólo en cuanto facilita la toma de conciencia respecto de los otros derechos y libertades, sino en cuanto es un instrumento vital para la preservación y consolidación de todos los otros derechos individuales. En realidad, el mayor o menor grado en que se respeta la libertad de expresión también puede servir de termómetro para medir la vigencia de otros derechos humanos. Se trata de un derecho que, por su carácter fundamental, tiene una jerarquía superior a los demás; porque, una vez que desaparece la libertad de expresión, se diluyen todas las otras libertades. Llevada a sus lógicas consecuencias, y salvo algunas excepciones ya examinadas, ésta supone que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión aun cuando el ejercicio de la misma pueda ir en contra de los intereses de la sociedad.

Si tomamos como punto de referencia el discurso pronunciado por John Milton en el Parlamento inglés, en los últimos 350 años la humanidad ha conquistado un inmenso espacio para asegurar el respeto a la dignidad individual, y para crear las condiciones que permitan construir una sociedad mejor. En efecto, el ejercicio de la libertad de expresión, en el marco de una sociedad democrática, constituye nuestro más legítimo motivo de orgullo; ella permite la libre difusión del pensamiento, e incluso de las ideas más aborrecibles. Pero la libertad tiene el sello de las tensiones y los conflictos sociales; todavía tiene todo el eco de la protesta en contra de la intolerancia. En este sentido, la libertad de expresión es un producto inacabado, que anuncia la necesidad de una lucha permanente para impedir que el Estado nos diga lo que debemos decir, y para evitar que nos dicte lo que debemos leer, ver o escuchar.

Octavio Paz decía que la libertad es preciosa como el agua, y que, si no la guardamos, se derrama, se nos escapa, y se disipa.¹⁹⁸³ Éstas son

¹⁹⁸³ Cfr. su discurso del 23 de abril de 1982, al recibir el premio Cervantes, reproducido parcialmente en Octavio Paz, *Sueño en libertad. Escritos políticos*, selección y prólogo de Yvon Grenier, Barcelona, Seix Barral Biblioteca Breve, 2001, p. 84.

precisamente las características de la libertad de expresión, que es el resultado de una lucha constante y que, por lo tanto, se presenta como un producto inacabado y en permanente evolución. Esto es lo que hace que, cuando ya han transcurrido más de doscientos años después de su muerte, aquellas palabras atribuidas a Voltaire continúen teniendo vigencia: “Desprecio sus ideas. ¡Pero daría mi vida por defender su derecho a sostenerlas!”